Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque

vorgelegt von

Fritz Deppeler
von Tegerfelden.

PAUL HAUPT
Akademische Buchhandlung vorm. Max Drechsel
BERN 1925.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

I. Kapitel.

Grundzüge des schweizerischen Grundpfandrechts.

§ 1. Allgemeines 3
§ 2. Die Grundpfandverschreibung 11
§ 3. Schuldbrief und Gült 16

II. Kapitel.

System der Schuldübernahme nach O. R. und Z. G. B.

§ 4. Die schuldnervertragliche und die gläubigervertragliche Schuldübernahme 24
§ 5. Die Geschichte der schuldnervertraglichen Schuldübernahme in der schweiz. Gesetzgebung 28
§ 6. Die Auslegung der Art. 832 und 834 Z. G. B. 31
§ 7. Die Richtlinien für die Behandlung der Art. 832—834 Z. G. B. nach der Genehmigungstheorie 41

II. Teil:

III. Kapitel.

Die Ausgestaltung und Wirkung der schuldnervertraglichen Schuldübernahme im Z. G. B.

§ 8. Der Veräußerungsvertrag 49
§ 9. Der Grundbuchverwalter 53
§ 10. Allgemeine Wirkungen 57
§ 11. Die Nebenrechte 61
§ 12. Die Einreden 66
§ 13. Rücktritt, Dahinfallen und Regreß 71
§ 14. Weiterübertragung und Zerstückelung 75
§ 15. Die Zwangsliquidation 77

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549616_0080

Einleitung.

Die Schuldübernahme als in sich abgeschlossenes Rechtsgebiet des Obligationenrechtes hat erst seit 1911 in unserem Zivilrecht Aufnahme gefunden. Wohl kaum ein Institut ist derart Gegenstand lebhaftester Diskussion gewesen, wie eben diese Schuldübernahme seit ihrer Entdeckung — sit venia verbo — durch Delbrück im Jahr 1853. Schweizerische und hauptsächlich deutsche Juristen haben eifrig nach dem wahren Charakter dieses spät geborenen Kindes der Jurisprudenz gefahndet. Man hat es in alle möglichen Familien zu stecken versucht, jedoch war es nirgends restlos unterzubringen, ohne daß die betreffende Familie in der Reinheit ihrer Gestaltung berührt worden wäre.

Blumes Verdienst ist es, den Wettstreit und mit ihm die Theorie der Schuldübernahme soweit gefördert zu haben, daß man allmählich davon abkam, die Schuldübernahme nur als Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer zu konstruieren, wobei der Gläubiger eine nebensächliche Rolle zu spielen gezwungen war, die der Stellung, die er in Wirklichkeit einnimmt, in keiner Hinsicht gerecht wurde.

Unser O. R. steht auf dem Boden der gläubigervertraglichen Schuldübernahme und sieht als Unterart auch die bloße Erfüllungsübernahme vor, die nach außen keine Wirkungen zeitigt. Die schuldnervertragliche Übernahme ist im allgemeinen Teil des O. R. nicht geregelt, tritt uns aber im Grundpfandrecht entgegen, wo sie einträchtiglich mit der gläubigervertraglichen Übernahme einhergeht, zwei Lösungen des praktischen Lebens, um deretwillen die Theorie sich jahrzehntelang in den Haaren gelegen hat. Das Ziel unserer Arbeit liegt darin, darzutun, welche Wirkungen der Schuldnerwechsel und eine eventuell damit verbundene Übernahme fremder Schulden in der praktischen Ausgestaltung äußern. Dabei legen wir besondern Wert darauf, auseinanderzusetzen, daß die Bestrebungen der Kommentatoren der Art. 832—834 Z. G. B. wohl auf eine Geschlossenheit der Fronten zwischen Schuldübernahme im O. R. und im Z. G. B. hingearbeitet haben, daß sie aber anderseits durch die Subsumierung der Art. 832—834 Z. G. B. unter die Vertragstheorie des O. R. dem Wortlaut und dem Sinn der genannten Artikel solche Gewalt angetan und dabei deren praktische Auswirkung derart gefährdet haben, daß es uns als Pflicht erschien, auf den prinzipiellen Unterschied zwischen Z. G. B und O. R. in bezug auf die Schuldüber-

nahme aufmerksam zu machen. Wir sind uns dabei klar, daß wir destruktiv wirken, halten es aber für nützlicher, wenn sich für die Schuldübernahme im Grundpfandrecht eine einheitliche, vom O. R. unabhängige Praxis entwickelt, als daß wohl eine Praxis besteht, die aber in ihrem Ausdruck jeder wünschbaren Klarheit und Konsequenz entbehrt.

Es standen zwei einzuschlagende Wege offen. Entweder wären die Wirkungen der Übernahme für jede unserer drei Grundpfandarten nachzuweisen gewesen, und zwar so, daß alle drei Arten einzeln die gleiche Transaktion durchzumachen hatten, oder aber es war in einem mehr allgemeinen Teil auf das Wesen der Grundpfandarten einerseits und die Gestaltung der verschiedenen Vorkommensfälle anderseits einzugehen, um dann in einem speziellen Teil die Wirkungen der Schuldübernahme nach allen Richtungen hin zu beleuchten. Daß es sich bei der Zeichnung des Wesens der einzelnen Grundpfand- und Schuldübernahmearten nur darum handeln kann, die Grundzüge in großen Strichen darzulegen, braucht kaum einer Erklärung.

I. Teil.

I. Kapitel.
Grundzüge des schweizerischen Grundpfandrechtes.

§ 1. Allgemeines.

Wesen und Geschichte des Grundpfandrechtes in unserm Zivilgesetzbuch sind schon zu oft und von berufenerer Seite dargelegt worden, als daß an dieser Stelle noch davon gehandelt werden sollte. Wir beschränken uns darauf, kurz zusammenzufassen und dann namentlich die Punkte hervorzuheben, die uns im Zusammenhang mit unserer Aufgabe zu stehen scheinen.

Eug. Huber hat in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf[1]) des Z. G. B. als Aufgabe des Grundpfandes einmal die Sicherung einer Forderung, auf der andern Seite die Mobilisierung des Bodenwertes hingestellt. Der reine Sicherungszweck wurde erfüllt durch Bestellung einer gemeinrechtlichen Hypothek, während zur Mobilisierung des Bodenwertes die mittelalterliche Rente diente. Da diese beiden divergierenden Zwecke nicht in einer Grundpfandform erreicht werden konnten, und weiter auch die Schaffung einer reinen Sicherungshypothek neben einer Form des Grundpfandes mit bloßer Sachhaftung wie die Gült, den modernen Verkehrsbedürfnissen kaum genügt hätte — denn ebenso kann ein Gläubiger, der hauptsächlich den Boden beleihen will, der Persönlichkeit des Schuldners kreditieren, als auch kann ein anderer Gläubiger, der zwar eher dem Schuldner als dessen Immobilien seinen Kredit gewährt, ein Interesse daran haben, daß sein Grundpfandtitel mühelos in Verkehr gebracht werden kann — hat der Gesetzgeber drei Grundpfandarten geschaffen, die allen an sie gestellten Anforderungen genügen können.

In der Grundpfandverschreibung haben wir die reine Sicherungshypothek ohne Ausstellung eines Titels mit Wertpapierqualität.[2])

---

[1]) Erläuterungen zum Vorentwurf Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1914, S. 186.

[2]) S. aber S. 18.

Der Schuldbrief vermittelt. Es wird sowohl der Persönlichkeit des Schuldners Rechnung getragen, indem dieser außer mit dem Grundstück auch persönlich haftet, als auch wird durch Ausstellung eines Wertpapieres mit öffentlichem Glauben als Pfandtitel den Anforderungen des Verkehrs genügt.

Die Gült liegt als Grundlast auf dem Grundstück, so jeden Erwerber sogleich auch zum Schuldner stempelnd. Die Urkunde, die bei Errichtung vom Grundbuchführer ausgestellt wird, ist ein Wertpapier.

Sollen diese Pfandtitel das Vertrauen[3]) des Handels und Verkehrs genießen, so müssen dreierlei Bedingungen erfüllt sein:

1. Es muß die äußerliche Herstellung des Pfandrechtes so geordnet werden, daß auf die Errichtung des Grundpfandes ein absoluter Verlaß ist.

2. Es ist die Pfandhaft genau zu bestimmen, und die Rechte der Gläubiger sind abschließend im Gesetze zu regeln.

3. Es sind erstens die staatliche Garantie für richtige Schatzungen, zweitens Zinsmaximum gesetzlich zu regeln.

Allen diesen Forderungen ist das Gesetz weitgehend gerecht geworden. Es ist die Errichtung des Grundbuches als Träger des öffentlichen Glaubens erfolgt, Pfandhaft und Gläubigerrechte sind abschließend fixiert worden. Punkt 3 allerdings ist vom Bundesgesetzgeber nicht geregelt worden.

In Anlehnung an ausländische Gesetzgebungen und gemeinrechtliche Übung sind im wesentlichen folgende Prinzipien in unserm Z. G. B. leitend:

A. Publizitätsprinzip.

Die Publizität, verwirklicht durch die Einführung des eidgenössischen Grundbuches, verlangt Offenkundigkeit der Verhältnisse im Immobiliar-Sachenrecht. In ihrer positiven Wirkung erklärt sie den Inhalt der grundbuchlichen Eintragung als allgemein maßgebend nach außen; gutgläubige Dritte können sich auf den Eintrag berufen, selbst wenn dieser ungerechtfertigt sein sollte.

Ihre negative Wirkung äußerst die Publizität dahin, daß, was nicht im Grundbuch steht, für dritte nicht maßgebend sein kann.

Zugunsten der öffentlich-rechtlichen Ansprüche der Kantone, sowie zugunsten der Gläubiger, die gemäß Art. 803[3] und 810[2] Vorkehrungen zur Verhinderung der Wertverminderung des Pfandobjektes getroffen haben, entstehen Pfandrechte, die allen andern vorgehen und von keinem Eintrag abhängig sind. Es bleiben zu erwähnen die gesetzlichen Pfandrechte des

Verkäufers für den Preis des veräußerten Grundstückes,
der Miterben und Gemeinder zur Sicherung ihrer Ansprüche aus einer Teilung von Grundeigentum,

---

[3]) Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweiz. Grundpfandrechtes, Basel 1898. S. 11.

der Bauhandwerker für ihre Forderungen aus Arbeit und Material,

des Pfründers, wenn er dem Pfrundgeber ein Grundstück übertragen hat.

Diese letztern Pfandrechte entstehen und wirken erst mit dem Eintrag.

B. Spezialitätsprinzip.

Das Spezialitätsprinzip verlangt, daß sowohl Forderung als auch Pfandobjekt im Grundbuch genau bestimmt seien.

a) Für die Forderung ist diese Maßnahme ohne weiteres klar. Ein Gläubiger belehnt ein Grundstück im zweiten Range nur, wenn er genau weiß, wie hoch das Grundstück im ersten Rang schon belastet ist. Schwieriger schon ist die Lage, wenn für eine Kaution oder für einen Kredit Sicherheit gewährt werden soll. Das Gesetz verlangt auch hier, daß eine bestimmte obere Grenze angegeben werde. Bis zu dieser Genze haftet das Grundstück für die unbestimmte, ja nur mögliche Forderung, und zwar sind in diesem Fall Zinsen und Kosten im Maximalbetrag eingeschlossen, darüber haftet das Grundstück keinen Falles. Bei diesen sogenannten Maximalhypotheken, die nur als Grundpfandverschreibungen errichtet werden, tritt die kuriose Rechtslage ein, daß das Pfandrecht trotz seiner akzessorischen Natur vor der Forderung entstehen und Wirkungen ausüben kann.

b) Ein Pfandrecht kann nur auf ganz genau bezeichneten Grundstücken haften. Damit soll das Generalpfandrecht des römischen und gemeinen Rechtes abgeschafft werden, nach welchem einfach der ganze Immobilienbesitz des Schuldners tale quale mit einem Pfandrecht belegt werden konnte. Möglich aber ist, daß in Form des Gesamtpfandes mehrere bestimmte Grundstücke für die gleiche Forderung belastet werden, und zwar müssen diese Grundstücke entweder einem einzigen Schuldner, oder aber mehreren solidarisch haftenden Schuldnern gehören.

C. Das Prinzip der festen Pfandstelle.

Soll ein Gläubiger, der ein Grundstück in einem spätern Range belehnt, sich aber dafür auch strengere Bedingungen reserviert hat, bei Wegfall eines vorhergehenden Pfandrechtes einfach nachrücken und einen unverdienten Vorteil genießen können? Dies war die Regelung des römischen und gemeinen Rechtes. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich an das Prinzip der festen Pfandstelle gehalten, das will heißen, er hat bestimmt, daß das Pfandrecht auf einem bebestimmten, ideellen Teil des Grundstückes laste. Fällt ein Grundpfand weg, so entsteht eine freie Pfandstelle, über die der Eigentümer weiter verfügen kann. Daraus ergibt sich die weitere Konsequenz, daß ein erstes Pfandrecht auch in einem spätern Range errichtet werden kann, der erste Rang kann reserviert werden für eine Forderung, die besondere Sicherheit erheischt. Die leergelassene Pfand-

stelle muß aber im Grundbuch als Vorgang eingetragen sein, um gegenüber Dritten wirksam zu sein.

Ein Nachrückungsrecht für die im späteren Rang eingetragenen Pfandrechte besteht, wie wir schon betont haben, nicht. Das Gesetz hat aber zu dieser Regel zwei Ausnahmen geschaffen.

Im Konkurs, resp. bei der Pfandverwertung werden leere Pfandstellen nicht berücksichtigt, d. h. die Gläubiger werden aus dem Erlös des Grundstückes befriedigt, ungeachtet dessen, daß eine freie Pfandstelle eingetragen war. Eigentümer und Gläubiger können auch vertraglich ein Nachrückungsrecht festsetzen, das aber, um dingliche Wirkung auszuüben, im Grundbuch eingetragen werden muß.[1])

Guhl[2]) ist aber der Ansicht, daß dem Stipulieren des Nachrückungsrechtes von den Vertragsparteien im Ganzen zu viel Bedeutung beigemessen werde. Er stellt z. B. fest, daß durch den Wechsel der pfandgesicherten Forderung das Nachrückungsrecht der nachfolgenden Pfandrechte illusorisch gemacht werden könne. Guhl schließt seine Betrachtungen über das System der festen Pfandstelle und damit verbunden über das Nachrückungsrecht wie folgt: „Ein Punkt steht fest, nämlich: Die Erkenntnis, daß die Vorteile der festen Pfandstelle noch nicht genügend gewürdigt werden, der Wert des Nachrückungsrechts dagegen weit überschätzt wird. Die hauptsächlichste Wirkung dieses so beliebten Nachrückungsrechtes besteht, wie gezeigt, regelmäßig nur darin, den Eigentümer und den vorgehenden Pfandgläubiger in der freien Verfügung über ihre Pfandstelle und über ihr Pfandrecht zu hindern, ohne deswegen dem nachgehenden Pfandgläubiger einen wirksamen ohne Anhebung eines Rechtsstreites realisierbaren Anspruch zu verleihen."

Als weitere allgemeine Bemerkungen zum Grundpfandrecht sei noch kurz von folgenden Fragen gehandelt:

a) Personal- und Sachhaftung.

Es genügt, in kurzen Worten auf den Unterschied der beiden Haftungsarten hinzuweisen. Die Personalhaftung ist die allgemeinere, die umfassendere. Im Hinblick auf sie kreditiert der Gläubiger nicht nur der Person, deren Glaubwürdigkeit und Solidität, sondern überhaupt der ganzen Rechtssphäre des Schuldners; es kann im Personalkredit sehr wohl auch der Immobilienbesitz des Schuldners inbegriffen sein, vorausgesetzt, daß dieser nicht durch spezielle Pfandrechte vorweg belastet ist. Denn auch für eine nicht grundpfändlich versicherte Forderung wird im Falle einer Betreibung auf Pfändung oder beim Konkurs der Immobilienbesitz mit in den Pfändungsnexus gezogen und zugunsten der Gläubiger verwertet, immer vorausgesetzt, daß nicht spezielle Pfandrechte ein Grundstück dem speziellen Grundpfandgläubiger

---

[1]) Dieser Weg ist der in der Praxis übliche.
[2]) S. J. Z., Jahrgang XI, S. 33 ff.

verhaftet lassen. Die persönliche Haftung ist im Grundpfandrecht bei der Grundpfandverschreibung am meisten betont, tritt schon bei dem Schuldbrief etwas zurück und verschwindet ganz bei der Gült. Die Sachhaftung beschlägt nur ein ganz bestimmtes Objekt und in ihrer reinsten Form verhindert sie eine weitere Haftung, wenn auch aus der Verwertung des Pfandobjektes nicht gelöst wird, was dem Gläubiger von Rechts wegen zukommt. Das ist auch der Grund, warum bei der Gült eine Belastungsgrenze angegeben wird. (Ländliche Grundstücke $^2/_3$ des Ertragswertes, städtische Grundstücke $^3/_5$ des Mittels aus Ertragswert, Boden- und Bauwerten.)[1])

Es soll damit der Gläubiger, der nur dem Wert seiner Pfandstelle kreditiert, auf alle Fälle, trotz prozentualer Wertverminderung des Grundstückes, vor Verlust geschützt werden, eine Maßnahme, die eng zusammenhängt mit dem Bestreben, den Pfandtiteln unseres Grundpfandrechtes den Ruf einer erheblichen Sicherheit und erhöhten Kreditwürdigkeit vorauszuschicken. Die Sachhaftung des Schuldbriefes und der Grundpfandverschreibung ergreift vorerst auch ein bestimmtes Pfandobjekt, reicht dieses aber zur Befriedigung nicht aus, so tritt die Personalhaftung für den Fehlbetrag ein, und zwar konkurrieren die nur teilweise befriedigten Gläubiger mit allen andern nicht pfandrechtlich gesicherten Forderungen an den Schuldner.

Zusammenfassend ergibt sich:

Rein persönliche Haftung bei nicht grundpfandversicherten Forderungen, der Nexus der haftenden Sachen wird durch die Person des Schuldners bestimmt.

Reine Sachhaftung bei der Gült, der Schuldner wird durch das haftende Objekt bestimmt.

Personal- und Sachhaftung verbunden bei Schuldbrief- und Grundpfandverschreibung. Hier kann sowohl der Eigentümer als auch ein Dritter Schuldner sein. Im betreibungsrechtlichen Verfahren wird auf die Betonung der persönlichen Haftung, sobald eine grundpfändlichversicherte Forderung vorliegt, wenig Rücksicht genommen. Bei Schuldbrief und Grundpfandverschreibung wird vorgegangen, wie wenn die Sachhaftung primär wäre. Die Grundpfandgläubiger werden aus dem Erlös der verhafteten Grundstücke vorweg befriedigt und partizipieren darüber hinaus für einen eventuellen Ausfall am Erlös, der aus dem Gesamtvermögen des Schuldners gewonnen werden kann. Ganz anders dagegen bei der Gült, wo nur das Grundstück haftet, und der Eigentümer persönlich nur für Jahreszinse einzustehen hat, die mehr als drei Jahre zurückliegen.

b) Pfandrecht und Forderung.

Über den Charakter des Pfandrechtes in Beziehung zu der zugrunde liegenden Forderung ist schon viel geschrieben worden. Es sollen hier nur zwei Ansichten wiedergegeben werden: Wieland in

[1]) Z. G. B. Art. 848.

seinem Kommentar zum Sachenrecht schreibt: „Das Wesen des Pfandrechtes besteht darin, daß es dem Berechtigten Anspruch auf Befriedigung für eine ihm zustehende Forderung gewährt. Das Pfandrecht setzt somit eine Forderung voraus und ist kein selbständiges Recht, sondern ein Nebenrecht. Das Pfandrecht teilt das Schicksal der Forderung. Ist die Forderung nichtig oder anfechtbar, so ist es auch das Pfandrecht. Mit Untergang der Forderung ist auch das Pfandrecht untergegangen. Dies gilt für alle drei Formen des Pfandrechtes.“ Und weiter:[1]) „Man streitet darüber, ob das Pandrecht ein akzessorisches Recht sei oder nicht, verwendet jedoch den Begriff akzessorisch in verschiedenem Sinne. Versteht man darunter die Abhängigkeit des Pfandrechtes, als eines Nebenrechtes von der Forderung, so ist jedes Pfandrecht akzessorisch. In der Regel wird indessen nur das zugunsten einer persönlichen Forderung begründete Pfandrecht als akzessorisch bezeichnet, alsdann ist es bei Grundpfandverschreibung und Schuldbrief akzessorisch, nicht aber bei der Gült.“

Dagegen erklärt Eugen Huber in seinen Erläuterungen folgendes:[2])

„Bei der Maximalhypothek bildet der bestimmte Betrag die fixe Summe der Maximalgrenze, bis zu welcher der Gläubiger Sicherheit verlangen kann. Daraus ergibt sich dann aber eine eigentümliche Folge. Das Pfandrecht wird formal gültig begründet für einen genau bestimmten Forderungsbetrag, vielleicht — wie beispielsweise bei der Versicherung eventueller künftiger Schadenersatzforderungen — für eine Forderung, die gar nie zur Entstehung gelangt. Das Nebenrecht kommt zur Existenz ohne die Entstehung eines Hauptrechtes, oder also der Sicherungszweck selbst führt auf diesen Weg zur Anerkennung eines Grundpfandrechtes, das selbständig ist.“ .....

Das Pfandrecht kann entstehen ohne Forderung, es besteht unabhängig von dem Forderungsbetrag für die Summe, auf die es lautet, es geht nicht unter mit der Forderung, es behauptet im ganzen seine Kraft als ein prinzipielles Verhältnis, dem die Forderung sich formal angliedert, während materiell allerdings ein ganz beliebiges Forderungsverhältnis vorliegen kann.

Und auf S. 193:

„Das moderne Pfandrecht ist also in keinem Fall mehr das frühere bloße Nebenrecht. Es ist zu einer selbständigen Belastung des Bodens geworden, die zur Sicherung oder zum Verkehr verwendet werden kann. Die Belastung ist formal mit dem Bestellungsakt vollzogen und welche Bedeutung ihr alsdann zur Schaffung der Gläubigerrechte zuerkannt wird, hängt von dem Zweck ab, für den die formale Belastung verwendet wird: Sicherung oder Verkehr.“

Es ist kaum mit Wieland einig zu gehen, daß das Pfandrecht, errichtet für eine bloß mögliche Forderung, nur formale Wirkungen äußere, vielmehr ist zu sagen, daß z. B. bei Anlaß einer Pfandverwertung

---

[1]) Wieland, Kommentar zum Sachenrecht Art. 793, S. 290 f.
[2]) Eugen Huber, a. a. O. S. 187/88, 193.

die Pfandstelle, auf der ein Grundpfandrecht für eine solche Forderung haftet, respektiert wird, und das Grundstück mit der darauf lastenden Kautionshypothek versteigert werden muß. Allerdings können sich dadurch unmögliche Situationen ergeben, wie weiter unten gezeigt werden wird.[1])

Es sei hier nur festgestellt, daß im Falle der Sicherstellung zukünftiger, unbestimmter oder bloß möglicher Forderungen sehr gut der Fall eintreten kann, daß das Pfandrecht verselbständigt, losgelöst von der Forderung auftritt und nicht nur formelle, sondern auch materielle Wirkungen zeitigt.

c) Inhalt des Pfandvertrages.

Die am Anfang dieses Paragraphen behandelten Prinzipien, die unser Grundpfandrecht beherrschen, bestimmen ohne weiteres auch bis zu einem gewissen Grade die Ausgestaltung und den Inhalt des Pfandvertrages.

Vor allem ist festzustellen, daß der Pfandvertrag für Entstehung und Art der Forderung vollständig irrelevant ist. Bei Schuldbrief und Gült wird das zugrunde liegende Verhältnis durch Novation getilgt, bei der Grundpfandverschreibung beweist der Pfandvertrag für die Forderung nur insofern, als im Pfandvertrag auch das Forderungsverhältnis etwa in Gestalt einer Schuldanerkennung untergebracht ist.

Die Forderung kann zu gleicher Zeit mit dem Pfandvertrag entstehen, sie kann längst bestanden haben oder in Zukunft sich ergeben, oder überhaupt nie eintreten, der Pfandvertrag braucht darüber nichts zu enthalten. Über den Inhalt des Pfandvertrages bestimmen:

A. Das Publizitätsprinzip, daß der Verpfänder und der Gläubiger genau bezeichnet werden müssen.
B. Das Spezialitätsprinzip, daß eine genau bestimmte Summe, bei den festen Hypotheken als Betrag der Forderung, bei den Maximalhypotheken als Maximalbetrag der Haftung angegeben werden.
C. Das Prinzip der festen Pfandstelle, daß das haftensollende Objekt genau umschrieben werden muß.

Weniger wichtig, das heißt nicht wesentlich sind nach Wieland Angabe der Grundpfandart, Angabe der Person des Schuldners, nähere Bestimmung der Forderung.[2])

Es bleiben noch die Rollen zu skizzieren, die vom Gesetz dem Gläubiger und dem Schuldner zugeschrieben werden.

Der Gläubiger ist im Pfandvertrag genau zu bezeichnen; solange also kein Wechsel im Forderungsverhältnis eintritt, gibt seine Person zu keinen Schwierigkeiten Anlaß. Im Gegensatz dazu aber können die Verhältnisse unerquicklich werden bei Änderung im Forderungs-

---

[1]) S. 14.
[2]) Wieland a. a. o. zu Art. 799 Bem. 0 a. E.

verhältnis, wenn die Forderung durch eine Grundpfandschreibung oder einen Schuldbrief sicher gestellt ist. Da nämlich Art. 835 resp. 869 Z. G. B. gestatten, daß die Übertragung einer solchen Forderung zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung im Grundbuche bedürfe, so kann sich daraus eine unliebsame Schwierigkeit entwickeln. Allerdings ist in Art. 66 der Grundbuchverordnung vorgesehen, daß ein Gläubigerverzeichnis errichtet werde, wo Änderungen im Gläubigerverhältnis anzumelden sind. Diese Vorschrift ist aber eine reine Ordnungsvorschrift, lex imperfecta, obwohl deren strikte Innehaltung für den Verkehr unbedingt eine große Erleichterung bedeuten würde. Es ist nämlich wohl möglich, daß der Erwerber eines Grundstückes, der zugleich die Schulden, die auf dem Grundstück haften, mit übernehmen will, seinen Übernahmewillen dem Grundbuchverwalter kund getan hat, dieser aber nicht in der Lage ist, dem aktuellen Gläubiger davon Kenntnis zu verschaffen.[1]) Mildernder Umstand für diese Schwierigkeiten ist, daß persönliche Forderungen, für die eine Grundpfandverschreibung besteht, ihrer persönlichen Färbung wegen weniger leicht übertragen werden, und daß Zedent oder Zessionar ein Interesse daran haben, den Schuldner vom Gläubigerwechsel zu unterrichten, um Kollisionen zu vermeiden, wie sie Art. 167 O. R. beschreibt. Eine zwischen Übernehmer und Veräußerer erfolgte Übernahms-Vereinbarung kann nur durch den wahren Gläubiger genehmigt werden, ebenso kann die Mitteilung der Schuldübernahme für den früheren Schuldner nur dann befreiende Wirkung haben, wenn sie an den wahren Gläubiger erfolgte. Schwerwiegender aber ist der Fall, wo bei Anlaß der Übertragung einer Grundpfandverschreibung ein Gläubiger im Glauben an den Eintrag des Pfandrechts eine Forderung erwirbt, die aus irgend einem Grund getilgt worden ist. Da nämlich einerseits der Eintrag im Grundbuch für den Bestand der Forderung nicht Beweis macht, und andererseits die Übertragung der Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet ist, nach den allgemeinen Vorschriften des O. R. geschieht und deshalb der Schuldner alle Einreden, die er dem Zedenten gegenüber hatte, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt, auch gegenüber dem Zessionar hat, kann es sehr wohl vorkommen, daß der Zessionar ein Pfandrecht erwirbt, das in der Luft hängt. Daß die Möglichkeit solcher Unebenheiten gegeben ist, ist nicht gerade wunschgemäß, sie können aber bei einiger Sorgfalt vermieden werden.

Die Übertragung einer Forderung aus Schuldbrief und Gült vollzieht sich nach den Regeln über das Wertpapierrecht mit der gleichen Strenge bezüglich der Einreden.

Wie wir gesehen haben, ist die Nennung des Schuldners nicht einmal ein Essentiale des Pfandvertrages. Seine Person ist für das Bestehen des Pfandrechts von sekundärer Bedeutung. Was für einen Einfluß der Wechsel des Schuldners auf das Pfandverhältnis ausübt, das wird Gegenstand der Betrachtung im zweiten Teil dieser Arbeit sein.

[1]) B. G. Bd. 40 II 591.

§ 2. Grundpfandverschreibung.

I. Zweck und Gestalt.

Unser Zivilgesetzbuch umschreibt in Art. 824 in kurzen Worten welcher Gestalt die Forderungen seien, die durch eine Grundpfandverschreibung sichergestellt werden können.

Der Charakter dieser Adjektiva, beliebig, gegenwärtig oder zukünftig, oder bloß möglich, legt die Vermutng nahe, daß es sich bei Forderungen dieser Art wahrscheinlich um stark persönlich gefärbte Verhältnisse handeln werde, d. h. um Verhältnisse, die durch das Verhalten einer Person entweder gegenwärtig oder in Zukunft bestimmt werden. Die Grundpfandverschreibung wird errichtet mehr im Hinblick auf die Person des Schuldners als auf dessen Immobilienbesitz, zur Sicherung eines persönlichen Anspruches, der um eben seines persönlichen Charakters willen, sich für den Verkehr schlecht eignen dürfte. Die Haftung des Grundstückes tritt zurück vor der Qualität des Schuldners, zu dessen Gunsten kredidiert wird.

Um diesem lediglichen Sicherungszweck gerecht zu werden, war eine Grundpfandart zu schaffen, bei der weder die reine Sachhaftung, noch die Eigenschaft des Pfandtitels als Wertpapier, die stark persönliche Färbung der zu Grunde liegenden Forderung vergessen ließen.

In der Grundpfandverschreibung hat unser Zivilrecht ein Institut erhalten, das die Persönlichkeit des Verhältnisses dadurch wahrt, daß erstens die Haftung eine vorwiegend persönliche ist, zweitens die Ausstellung der Pfandurkunde rein deklarative Bedeutung hat und zwar nur in Bezug auf den Eintrag. Daß das Konkursrecht gezwungen ist, die primäre persönliche Haftung hinter die reine Sachhaftung zu stellen und ein Grundpfandverschreibungsverhältnis zu liquidieren, wie wenn die Sachhaftung primär wäre, haben wir weiter oben gezeigt.

In die Domäne der Grundpfandverschreibung fallen folgende Forderungen:[1])

„Versicherung der Frauengutsforderungen, Kreditversicherung unter Geschäftsfreunden, Kautionsleistungsversicherungen, und Versicherungen von Forderungen, wo der Gläubiger nur der Person des Schuldners kreditiert, aber für alle Fälle doch eine Realsicherheit haben möchte."

Es bleibt noch zu erwähnen, daß alle gesetzlichen Pfandrechte als Grundpfandverschreibungen eingetragen werden.

Im Charakter dieser zukünftigen oder bloß möglichen Forderungen, wie Frauengutsversicherungen, Kredit- und Kautionsleistungsversicherungen, liegt es begründet, daß der Betrag der Forderung meist nicht

---

[1]) Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf Seite 202 f. des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1914.

Weitere Anwendungsfälle: Sicherung von Nacherben und Nutznießung, Sicherung von Miet- und Pachtzinsen, Sicherstellung der Gegenleistung zahlungsunfähiger Gegen-Kontrahenten bei zweiseitigen Verträgen.

genau angegeben werden kann; es muß aber doch im Grundbuch ein gewisser Betrag angegeben werden, bis zu welchem das Grundstück haftet, ein Procedere, bedingt durch das Prinzip der Spezialität. Diese Maximalhypotheken werden bei einer allfälligen Liquidation gleich behandelt wie Hypotheken mit zum voraus bestimmtem Forderungsbetrag. Einzig in bezug auf die Zinsen wird eine Ausnahme gemacht. Nach Art. 818 haftet das Grundpfand neben der Kapitalforderung auch noch für Betreibungskosten, Verzugszinse, drei verfallene und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins. Diese Zinse und Kosten sind bei den Grundpfändern, die über eine zum voraus bestimmte Forderungssumme lauten, noch über den Kapitalbetrag hinaus zu vergüten, für sie haftet das Grundpfand noch über den Forderungsbetrag hinaus.[1]) Die Maximalhypothek aber bestimmt mit der Nennung einer gewissen Summe das Höchstmaß ihrer Haftung inklusive alle Zinse und Kosten.

II. Errichtung und Untergang.

a) Errichtung.

Aus Art. 825 in Verbindung mit Art. 965 geht folgendes hervor: Es wird vor allem unverrückbar an dem Prinzip der festen Pfandstelle festgehalten. Sei die Forderung noch so unbestimmt, so nimmt das Pfandrecht auf dem Grundstück einen fest umgrenzten Platz ein, der für sie haftet bis zum fixierten Betrage.

Wesentlich ist die Rolle, die der Eintrag des Pfandrechtes im Grundbuch spielt. Wer den Eintrag bewerkstelligen will, muß sich einmal ausweisen über das Verfügungsrecht; diese Maßnahme ist ohne weiteres klar. Es ist zur Verfügung berechtigt entweder derjenige, von dem die Verfügung ausgeht, der Eigentümer, oder aber ein von diesem Bevollmächtigter.[2])

Ferner ist ein Ausweis nötig über den Rechtsgrund. Rechtsgrund im Sinne des Art. 965 Z. G. B. ist der Pfandvertrag, d. h. der Vertrag, gemäß welchem die Parteien überein gekommen sind, neben der persönlichen Haftung noch eine Sachhaftung eintreten zu lassen. Der Pfandvertrag wird in seinem Wortlaut so gehalten sein, daß aus ihm auf Art und Umfang des Grundverhältnisses geschlossen werden kann. Als Vertrag, der über ein wichtiges dingliches Recht an Grundstücken verfügt, unterliegt er der öffentlichen Verurkundung. Die Prüfungspflicht des Grundbuchführers erstreckt sich auf den Bestand der Forderung, bei unbestimmten Forderungen sogar auf das Vorhandensein des Grundverhältnisses selbst.

Ist den Formerfordernissen des Eintrages Genüge geleistet, so wird dem Gläubiger auf sein Verlangen ein Auszug aus dem Grundbuch[3]) ausgestellt, dem jedoch nur die Eigenschaft eines Beweismittels

[1]) Z. G. B. Art. 795, 2.
[2]) Wieland, Komentar zum Sachenrecht, S. 310, 5, 568, 4.
[3]) Z. G. B. Art. 825, 2, 3.

und nicht eines Wertpapiers zukommt. An Stelle dieses Beweismittels kann die Bescheinigung der Eintragung auf der Pfandvertragsurkunde treten.

Hervorzuheben ist hier hauptsächlich, daß der Eintrag in bezug auf die Forderung absolut nichts beweist. Die Forderung kann längst bestanden haben, kann mit dem Pfandvertrag selbst entstehen, oder sie kann eine bloß zukünftige oder mögliche sein. Aus dem Eintrag ist nur ersichtlich, daß auf einem bestimmten Grundstück, eine bestimmte Pfandstelle mit dem Betrag x belegt ist. Das Vorhandensein der Forderung wird nur durch eine Urkunde hergestellt, der in bezug auf die Forderung das Wesen einer Schuldanerkennung irgend welcher Art zukommt. Hierin liegt der fundamentale Unterschied zwischen Grundverschreibung einerseits und Schuldbrief und Gült anderseits. Hier ein Grundverhältnis, darauf basierend ein Pfandvertrag und dessen Eintrag im Grundbuch, dort ein Pfandtitel, der ohne Bezug zu nehmen auf das zugrunde liegende Obligationsverhältnis Beweis macht, sowohl für den Bestand der Forderung, als auch deren Verdinglichung auf ein Grundstück. Hier fast vollständige Abhängigkeit von der Causa, dort ein rein abstraktes Rechtsverhältnis.

b) Untergang.

Bei Untergang der Forderung auf irgend eine beliebige Art wird der Eintrag im Grundbuch materiell unrichtig; das hindert jedoch nicht, daß das eingetragene Pfandrecht erst mit dessen Löschung untergeht. Das Pfandrecht bleibt in voller Kraft bestehen, seine Löschung muß den umgekehrten Weg seiner Errichtung gehen. Erst die Löschung führt[1]) den Untergang des Pfandrechtes herbei, nicht schon der bloße Untergangsgrund.[2]) Der Eigentümer ist nur mit Einwilligung des Gläubigers und sonstiger Forderungsberechtigter imstande, den Eintrag löschen zu lassen. Er kann vor der Löschung weder über die Pfandstelle verfügen, noch an Stelle des getilgten Pfandrechtes ein neues errichten. Vor Lösung und trotz Wegfalles des Pfandrechtes müßte der Gläubiger auf Pfandverwertung betreiben.[3])

III. Die einseitige Ablösung.

Die einseitige Ablösung des Art. 828 steht insofern im Zusammenhang mit der Veräußerung des 832, als dessen erstes Alinea vorsieht, daß Haftung sowohl des Grundpfandes als auch der Person des Schuldners ohne besondere Verabredung unverändert bleiben. In diesem Falle könnte der Erwerber, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Art. 828 zutreffen, die Ablösung der Grundpfandrechte verlangen. Darin kann man einen Anwendungsfall der Erfüllungsübernahme er-

---

[1]) Wieland, Kommentar Z. G. B. S. 346, 1.
[2]) Huber, Erläuterungen S. 247.
[3]) B. & K., Art. 41.

blicken, d. h. desjenigen Vertrages, wonach sich der Erwerber des Grundstückes rein intern dem Schuldner gegenüber verpflichtet, dessen Befreiung dem Gläubiger gegenüber auf irgend eine Weise zu erwirken. Der Fall der einseitigen Ablösung und mithin der internen Übernahme kann aber auch eintreten, wenn der Gläubiger die in 834 Z. G. B. erwähnte Genehmigung der Schuldübernahme verweigert.

IV. Zerstückelung.

Die Zerstückelung interessiert uns im Zusammenhang mit der Grundpfandverschreibung nur insofern, als in bezug auf die Pfandforderungen, die auf den Teilstücken lasten, gesagt wird, daß für deren Übernahme die gleiche Regelung getroffen werde, wie bei Veräußerung und Übernahme des gesamten Grundstückes.

V. Die auf den Inhaber lautende Grundpfandverschreibung.

Durch ein Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 1923 ist die Grundpfandverschreibung ihres Charakters einer reinen Sicherungshypothek entkleidet worden, und es werden ihr, wenn die zugrunde liegende Forderung ein Wertpapier auf den Inhaber lautend darstellt, selber die Eigenschaften eines Wertpapieres zuerkannt.

Das Urteil sagt im wesentlichen folgendes:

In den Kantonen Tessin, Waadt, Solothurn, Schaffhausen und Graubünden hatte sich gleich bei Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches die Praxis gebildet, daß auch durch Inhaberpapiere begründete und gesicherte Forderungen durch eine Grundpfandverschreibung sichergestellt werden konnten. Die Beträge, für welche eine derartige grundpfändliche Sicherstellung errichtet worden ist, belaufen sich allein im Bezirk Lausanne auf über 10 Millionen. Viele kantonale Instanzen zögerten, dieses Vorgehen auch in ihrem Territorium Fuß fassen zu lassen. Durch einen Beschwerdentscheid (B. Blatt 1918 Bd. 3, S. 202) des Bundesrates aber wurde endgültig erklärt, daß die Grundpfandverschreibung auch ausgestellt werden könne zugunsten des Inhabers eines Wertpapieres, das eine Schuldanerkennung enthalte.

Die Gründe für die Beliebtheit dieser Art der Pfanderrichtung sind ganz verschiedenen Ursprungs.

Einmal gibt das tessinische Kantonsgericht an, daß vielfach zur Ermöglichung eines Steuerbetruges solche Grundpfandverschreibungen errichtet worden seien. Dann aber habe diese Grundpfandart Schuldbrief und Gült gegenüber auch noch den Vorteil, daß keine dreimonatliche Auskündungsfrist (Kanton Tessin) zu berücksichtigen sei, welche Vorschrift einer raschen Erledigung und jeder Negoziabilität im Wege stehen. Ferner sei für die Grundpfandverschreibung nicht vorgeschrieben, daß alle Lasten (Dienstbarkeiten, Grundlasten, alle vorgehenden Pfandrechte mit Einschluß der leeren Pfandstellen, alle Vormerkungen) im Pfandtitel aufgeführt sein müssen, wie das die Grund-

buchverordnung in Art. 53, 2 für den Schuldbrief und die Gült verlangt.

Da aus all den angeführten Gründen in einigen Kantonen Grundpfandverschreibungen zugunsten des Inhabers in großer Anzahl ausgestellt worden sind, sah sich das Bundesgericht vor eine schwerwiegende Entscheidung gestellt. Entweder erklärte es den eingeschlagenen Weg für gangbar und erweiterte damit das Wirkungsfeld der Grundpfandverschreibung um ein Beträchtliches, oder aber es verbot die Errichtung von Grundpfandverschreibungen, die auf den Inhaber lauten, und richtete damit in den betreffenden Kantonen durch die Nichtigerklärung solcher Titel eine katastrophale, wirtschaftliche Verwirrung an. Das Bundesgericht hat den Bedürfnissen der Praxis entsprochen und die Inhaber-Grundpfandverschreibungen für zulässig erklärt. „Durch die Grundverschreibung kann eine beliebige Forderung pfandrechtlich sichergestellt werden" sagt Art. 824 Z. G. B. Damit sei — das ist das Hauptargument der kantonalen Instanzen — die Möglichkeit gegeben, zugunsten eines Wertpapiers eine Grundpfandverschreibung zu errichten und zwar auch zugunsten eine Inhaberpapiers. Die Ansicht, daß das Gesetz dieser Art Errichtung einer Grundpfandverschreibung im Grunde nicht feindlich gesinnt ist, gehe auch daraus hervor, daß in Art. 875 Ziff. 1 Z. G. B. ausdrücklich vorgesehen sei, daß Anleihensobligationen, die auf den Namen der Gläubiger oder auf den Inhaber lauten, mit einem Grundpfand sichergestellt werden können und zwar sowohl durch eine Grundpfandverschreibung, wie durch einen Schuldbrief. Daraus aber, daß das Gesetz die Sicherheitsbestellung für Inhaberpapiere nur für die Anleihenobligation vorsehe, sei nicht zu folgern, daß diese Errichtungsart für alle andern Fälle ausgeschlossen sein solle. Diese Sonderregelung für die Grundpfandverschreibung nehme derselben nichts von ihrem ursprünglichen Charakter, die typischen Merkmale der Grundpfandverschreibung bleiben bestehen, hauptsächlich genießt der Titel, auf dem das Pfandrecht vermerkt wird und der als solcher ausgesprochenen Wertpapiercharakter hat, nie den Schutz des öffentlichen, grundbuchlichen Glaubens, wie das bei Schuldbrief und Gült der Fall ist. Der Erwerber einer Grundpfandverschreibung ist immer auf das Grundbuch angewiesen, wenn er über den Bestand des Pfandrechtes Sicherheit haben will.

Im selben Urteil wird in bezug auf den Pfandvertrag, der nach bisheriger Meinung der Errichtung einer Grundpfandverschreibung voranzugehen hatte, folgendes gesagt:

„Es ist offenbar im Geiste des Art. 799 Z. G. B., daß für den Grundpfandvertrag die öffentliche Beurkundung eine wesentliche Voraussetzung bedeutet. Das will aber nicht heißen, daß der Pfandvertrag für die Errichtung einer Grundpfandverschreibung unerläßlich sei. Der Sinn dieser Bestimmung ist der, daß, wenn überhaupt ein Pfandvertrag vorgesehen ist, dieser in die Form der öffentlichen Beurkundung eingekleidet werden muß. Es geht aber nicht an, aus dem Art. 799 abzuleiten, daß für die Errichtung einer Grundpfandverschreibung ein

Pfandvertrag unerläßlich sei. Das geht noch besonders daraus hervor, daß der Art. 799 unter den allgemeinen Vorschriften des Grundpfandrechtes figuriert, welche für alle Arten des Grundpfandes gelten, also auch für Schuldbrief und Gült. Für die letztern beiden erklärt aber das Gesetz noch ausdrücklich, daß sie direkt zugunsten des Inhabers ausgestellt werden können. Für den zu Grunde liegenden Fall bedeutet das, daß ein Pfandvertrag nicht unerläßlich sei zur Begründung einer Grundpfandverschreibung."

Zum Schluß bleibt zu konstatieren, inwieweit sich die Schulden, die durch eine Grundpfandverschreibung dinglich gesichert sind, zur Übernahme eignen. Die Übernahme von zukünftigen, unbestimmten oder bloß möglichen Schulden wird in der Praxis nicht oft vorkommen. Um nur das Beispiel der Kautionsleistungsversicherung herauszugreifen. Es wird dem A., der ein Grundstück des B. erwirbt, auf dem eine Grundpfandverschreibung zugunsten des Kaution verlangenden Staates C. lastet, nicht wohl möglich sein, durch eine Übernahme persönlicher, eventueller Kautionsschuldner des Staates C. zu werden, mit dem er ja in kar keinem Dienstverhältnis steht, d. h. dessen persönlicher Schuldner er überhaupt nicht werden will. Auch bei unbestimmten und zukünftigen Forderungen können ähnliche unerwünschte Komplikationen eintreten, die nur geeignet wären, einer reibungslosen Abwicklung der Vorgänge bei der Schuldübernahme im Wege zu stehen. Deshalb werden solche Grundpfandverhältnisse bei Handänderung meistens liquidiert oder umgewandelt.

Auf bestimmte Summen lautende Schulden können trotz der Persönlichkeit des Verhältnisses nach Gesetz übernommen werden.

§ 3. Schuldbrief und Gült.

A. Der Schuldbrief.

I. Zweck und Gestalt.

Bei Besprechung der Grundpfandart für das Z. G. B. wurde in den eidgenössischen Räten vielfach betont, daß eine einzige Grundpfandart, ausgestaltet sowohl nach dem Zwecke der Sicherung, als auch demjenigen der Mobilisierung, genügen könnte. Andere Stimmen äußerten sich dahin, daß zwei Institute geschaffen werden sollten, das eine in Anlehnung an die gemeinrechtliche Hypothek mit vorwiegender Tendenz zur Sicherung, das andere als Kopie der Rentenschuld, die nur aufdem Grundstück lastet, ohne den Eigentümer in den Haftungsnexus hineinzubeziehen.

In seinen Erläuterungen aber betont Huber, daß wohl das Grundpfandrecht als solches in einheitlicher Gestaltung seinen Einzug im Zivilrecht halten solle, daß aber zur restlosen Erreichung der verschiedenen Zwecke, denen es diene, mit Vorteil jedem dieser Zwecke eine spezielle Grundpfandart geschaffen werde. Das zwar darum, daß

nicht einem in bestimmter Richtung zielenden Parteiwillen dadurch Zwang angetan werden müsse, daß seine Grundpfandart noch mit andern Wirkungen ausgestattet sei als von ihm beabsichtigt war, mit andern Worten, daß z. B. nicht der Schuldner gezwungen sei, eine Forderung, die nur event. zur Entstehung gelangt, durch ein dingliches Recht auf seinem Boden sicherzustellen, bei dessen Errichtung dem Gläubiger ein Wertpapier ausgehändigt wird, das dieser in Verkehr bringen kann. Es liegt deshalb im Interesse der Parteien, innerhalb eines einheitlichen Grundpfandsystems verschiedene Grundpfandarten zu schaffen.

Neben der reinen Sicherungshypothek der Grundpfandverschreibung, für den Verkehr schlecht geeignet,[1]) und der reinen Grundlast, der Gült, die mit ihrer einseitigen Unkündbarkeit und reinen Sachhaftung nicht allen Ansprüchen des modernen Verkehrs genügen kann, hat deshalb der Gesetzgeber eine dritte Grundpfandart geschaffen, die im Zürcher Schuldbrief ein treffliches Vorbild hatte, als Vermittlerin zwischen Sicherung ohne Verkehrsfähigkeit einerseits und reiner Sachhaftung unter Ausstellung eines Wertpapieres mit dem Schutz des öffentlichen Glaubens des Pfandtitels anderseits.

Der Schuldbrief in seiner heutigen Ausgestaltung äußert seinen Sicherungscharakter einmal darin, daß der Grundschuldner stets auch persönlicher Schuldner ist und zwar haftet sein übriges Vermögen ebenso streng wie das Grundstück, d. h. er kann dem gutgläubigen Erwerber nur die Einreden aus der Urkunde und dem Eintrag entgegenhalten, dann aber auch darin, daß Person des Schuldners und Eigentümers nicht zusammen zu fallen brauchen.

Auf der andern Seite wird aber bei Errichtung des Schuldbriefes ein Pfandtitel ausgestellt, der eine abstrakte Forderung repräsentiert und deren Sicherung aus dem Grundpfand gewährleistet wird. Die Loslösung vom Grundverhältnis macht den Schuldbrief zu einem verkehrsfähigen Wertpapier, das dank der grundbuchlichen Behandlung den Schutz des öffentlichen Glaubens genießt. Den Vorschriften des Verkehrs mit Wertpapieren gehorchend, ist der Schuldbrief fähig, als Namen- oder Inhaberpapier von Hand zu Hand zu gehen und jedem gutgläubigen Erwerber volle Sicherheit für den garantierten Betrag zu gewähren. Die Verselbständigung des Pfandtitels geht soweit,[2]) daß Eigentümer und Schuldner den Brief selbst erwerben können, und so Gläubiger und Schuldner zugleich sein, oder ein Pfandrecht an eigener Sache haben können.

B. Die Gült.

I. Zweck und Gestalt.

„Durch die Gült wird eine Forderung als Grundlast auf ein Grundstück gelegt.“[3])

[1]) Siehe jedoch S. 14 f.
[2]) Huber, a. a. O. S. 207.
[3]) Z. G. B. Art. 847,1.

Wie beim Schuldbrief, so ist auch bei der Gült das Pfandrecht anders geartet als bei der Grundpfandverschreibung. Dort wird das Pfandrecht vom Bestand der Forderung beeinflußt. Das Grundverhältnis bei der Grundpfandverschreibung drückt dem Pfandrecht seinen Stempel auf und läßt dasselbe als Nebenrecht eine rein sichernde Funktion ausüben. Allerdings tritt schon bei der Grundpfandverschreibung eine gewisse Selbständigkeit des Pfandrechtes zutage. Guhl[1]) schreibt darüber: „Die selbständige Gestaltung des dinglichen Rechtes macht sich hierbei in seinen Beziehungen zur Forderung geltend und zwar einerseits in einer gewissen Loslösung und der daraus entstehenden Unabhängigkeit des Pfandrechtes vom Forderungsverhältnis und anderseits in der Einwirkung des dinglichen Rechtes auf die Gestalt der Forderung.

Jene Erscheinung macht sich vor allem bei der Grundpfandverschreibung bemerkbar, indem am rein akzessorischen Charakter des Pfandrechtes sowohl bei dessen Entstehung als auch während seines Bestandes nicht mit aller Strenge festgehalten wird. Schon für die Eintragung einer Grundpfandverschreibung im Grundbuch, d. h. für ihre Entstehung, ist das Vorhandensein einer Forderung nicht unerläßliche Bedingung. Die Grundpfandverschreibung kann auch für zukünftige oder bloß mögliche Forderungen eingetragen werden."

Die Gült aber dominiert vollständig über das materielle Schuldverhältnis. Der Titel nimmt keinen Bezug darauf, sondern stellt für sich einen festen Wert dar. In den Verkehr tritt nicht die Urforderung, sondern ihr selbständiger Repräsentant, der Pfandtitel.

Die Gült schließt jede persönliche Haftung aus. Die Ausnahme betreffend die Zinse, die mehr als drei Jahre zurückliegen, vermag diesen Grundsatz nicht zu durchbrechen. Bei der Realisierung der Forderung, die durch eine Gült sichergestellt ist, geht die Exekution nur gegen das Grundstück. Es besteht jedoch auch bei der Gült ein Schuldverhältnis. Der Eigentümer schuldet dem Gläubiger die ganze Summe, haftet aber für diese nur mit dem Grundstück.

Übereinstimmend sprechen Regelsberger, Wieland und Leemann von einer Schuldpflicht des Eigentümers. Regelsberger[2]) z. B. schließt seine Erörterungen über die bayrische Hypothek, die mit unserer Gült die reine Sachhaftung gemein hat, folgendermaßen:

„Nach der geschilderten Natur wäre die heutige Hypothek vom Standpunkt des römischen Rechtes den Obligationen beizuzählen, bei welchen sich die Person des Verpflichteten durch das Eigentum an einer Sache bestimmt (actiones in rem scriptae). Das deutsche Recht hat aber von jeher die Dinglichkeit in einem weitern Sinn gefaßt, und diese Eigenschaft auch denjenigen Rechten beigelegt, kraft deren je-

---

[1]) Guhl, Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Festgabe für Eugen Huber, S. 62.

[2]) Regelsberger, Dr. Ferdinand, Das bayrische Hypothekenrecht S. 63, Leipzig 1874.

mand als Eigentümer einer bestimmten Sache zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist."

Wieland: „Schuld, d. h. Leistungspflicht ist nicht gleichbedeutend mit Haftung, d. h. Unterwerfung eines Gegenstandes unter den Zugriff der Gläubiger. Die unpersönliche Haftung der Gült, wonach der Gläubiger nur das Grundstück zu seiner Befriedigung verwenden kann, schließt das Bestehen einer Schuld nicht aus." [1])

Leemann: „Das Wesen der Gült liegt also in dem Fehlen einer persönlichen Haftung. Doch wird auch durch die Gült ein Schuldverhältnis begründet. Der Eigentümer des belasteten Grundstückes schuldet persönlich die ganze Schuld; er leistet kein indebitum und genügt nicht nur einer Anstandspflicht, wenn er sie erfüllt. Aber es haftet für die Schuld ausschließlich das Grundstück." [2])

Wesentlich, und worauf es uns hier ankommt, ist darzutun, daß, trotzdem eine persönliche Haftung des Gültschuldners nicht besteht, er dennoch aus der Gült schuldet und zwar das Einsetzen seines Grundstückes.

Sobald aber eine Schuldpflicht des Eigentümers bejaht wird, ist auch ohne weiteres klar, daß in bezug auf die Erfüllung dieser Schuld die Vorschriften des O. R. Platz greifen.

Im Kanton Bern werden sozusagen keine Gülten errichtet. Der Hauptgrund wird wohl darin liegen, daß die Gült im Kanton Bern neu eingebürgert werden müßte. Ferner fällt in Betracht, daß die niedrige Belastungsgrenze viele Grundeigentümer in der Belehnung ihres Besitzes hindern würde, und daß Gültkapitalien wegen ihrer Sicherheit den Gläubigern und Geldgebern zu wenig Zins abwerfen. Ebenso läßt die Unkündbarkeit auf seiten des Gläubigers viele davor zurückschrecken, ihr Geld in Gülten anzulegen. Auf jeden Fall hat die Gült im Kanton Bern nicht die erhoffte Aufnahme gefunden.

C. Gemeinsame Vorschriften.

I. Errichtung.

1. Inhalt des Pfandtitels.

Soll dem Schuldbrief und der Gült die ihnen zugesprochene Stellung im Verkehr zukommen, so muß vor allem bei der Ausstellung des Pfandtitels darauf geachtet werden, daß dessen Wertpapierqualität durch keine Einflüsse, die etwa das Grundverhältnis auszuüben imstande wäre, getrübt werde, mit andern Worten, es muß die durch Schuldbrief und Gült begründete Forderung abstrakt sein. Das Gesetz bestimmt denn auch erstens, daß Schuldbrief und Gült weder Bedingung noch Gegenleistung enthalten dürfen. Diese Vorschrift betrifft natürlich das Rechtsverhältnis nur, soweit ein gutgläubiger Dritter in dasselbe

[1]) Wieland, a. a. O. Art. 793, Bem. 3.
[2]) Leemann, Kommentar Sachenrecht S. 958.

eintreten soll; denn zwischen dem Urschuldner und dem ersten Gläubiger kann ohne weiteres irgend eine Abrede getroffen werden, die für ihre Rechtsstellung Regel macht. Der Pfandtitel jedoch darf keine Klauseln enthalten, da dadurch, daß Zusätze auf dem Pfandtitel berücksichtigt werden müssen, die Verkehrsfähigkeit herabgemindert würde.

In der gleichen Richtung wie das Verbot von Bedingung und Gegenleistung liegt die Anordnung des Art. 855 Z. G. B., daß das dem Pfandtitel zugrunde liegende Verhältnis bei der Errichtung durch Neuerung getilgt werde, wobei wieder betont wird, daß unter den Vertragschließenden sehr wohl andere Abreden getroffen werden können.

Damit will gesagt sein, daß grundsätzlich die Forderung aus Schuldbrief und Gült nur insoweit gegen den Schuldner oder Eigentümer geltend gemacht werden kann, als deren Bestand aus dem Wortlaut des Pfandtitels hervorgeht, und das Einreden aus dem zugrunde liegenden Verhältnis nur soweit zugelassen sein sollen, als sie dem Schuldner von Rechts wegen zustehen, also

a) Einreden aus Art. 855, 2 Z. G. B. und
b) aus Art. 872 Z. G. B.

Durch die Neuerung gehen die mit der alten Schuld verbundenen Nebenrechte unter, die Zinsen der alten Schuld z. B. laufen nicht mehr, Bürgschaften erlöschen. Der Gläubiger ist darauf angewiesen, alle seine Ansprüche nach den Regeln des neuen Schuldverhältnisses geltend zu machen; ist z. B. für eine Kaufpreisschuld eine Gült errichtet worden, so haftet dem Gläubiger der Schuldner nicht mehr persönlich und kann sich durch Verkauf des Grundstückes überhaupt jeder Schuldpflicht entziehen.

II. Aushändigung des Pfandtitels.

Der Gesetzgeber hat sich gefragt, ob er die Aushändigung als Requisit für die Gültigkeit des Titels aufstellen wolle, hat dann aber darauf verzichtet, da schon nach Herstellung des Titels die Möglichkeit gegeben ist, daß dieser in die Hände gutgläubiger Dritter gelangt, deren Erwerb nach Wertpapierrecht geschützt werden muß. Der Titel darf deshalb dem Gläubiger nur unter ausdrücklicher Einwilligung des Schuldners und des Eigentümers des belasteten Grundstückes ausgeliefert werden, um zu vermeiden, daß der Gläubiger in den Besitz des Wertpapieres gelangt, bevor er seinen Verpflichtungen aus dem Grundgeschäfte nachgekommen ist. Handelt der Grundbuchbeamte dieser Vorschrift zuwider, so kann der Staat zur Verantwortung gezogen werden.

Der Inhalt des Absatz 2, des Art. 856 setzt voraus, daß der Gläubiger seine Leistung schon erfüllt hat, daß aber mit der Ausstellung und Aushändigung des Pfandtitels über Gebühr hinaus gewartet wird. Zum Schutz der Interessen der Gläubiger wird diesem die Möglichkeit gegeben, trotzdem er noch nicht im Besitz eines Pfandtitels ist, z. B. im Konkurs seine Gläubigerrechte geltend zu machen

und überall da, wo der Sicherheit seiner Forderung Gefahr droht, seine Interessen wahrzunehmen, z. B. Geltendmachung seiner Befugnisse bei Wertverminderung des Grundstückes.

Dagegen ist es nach unserer Ansicht irrig, auch dem Gläubiger, der seinen Verpflichtung noch nicht nachgekommen ist, schon gewisse Mittel zur Ausübung eines Pfandrechtes an die Hand zu geben, mit andern Worten, der Gläubiger hat sich bei Geltendmachung des Pfandrechtes vor Ausstellung und Aushändigung des Pfandtitels darüber auszuweisen, daß er seinerseits den Verpflichtungen aus dem Grundgeschäfte nachgekommen ist. Zu dieser Ansicht sind wir durch die Annahme gekommen, daß Art. 856, 2 und Art. 857, 3 Z. B. G. in einer gewissen Wechselwirkung stehen. Art. 857, 3 ist zum Schutze des Schuldners und Eigentümers aufgeführt, dem es darum zu tun ist, dem Gläubiger den Pfandtitel nicht auszuliefern, bevor dieser seinerseits den ihm zukommenden Teil des Rechtsgeschäftes erfüllt hat. Art. 856, 3 dagegen gewährt dem Gläubiger, der erfüllt hat, aber noch nicht in den Besitz des Pfandtitels gelangt ist, die Möglichkeit trotzdem seine Interessen zu wahren.

III. Form des Pfandtitels.

Schuldbrief und Gült lauten entweder auf den Namen oder den Inhaber und folgen als Ordre- resp. Inhaberpapiere den Regeln des Wertpapierrechtes. Eine spezielle Beachtung ist im Zusammenhang mit der Schuldübernahme noch den Eigentümerhypotheken zu schenken. Wieland[1]) unterscheidet forderungsbekleidete und forderungsentkleidete Eigentümerhypotheken. Die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek verlangt, daß Schuldner und Eigentümer verschiedene Personen sind, und kommt zustande, wenn entweder die Forderung auf den Eigentümer oder das Eigentum auf den Gläubiger übergeht. Dem Eigentümer steht eine Forderung zu und er kann diese liquidieren, ungeachtet dessen, daß dadurch sein eigenes Grundstück zur Verwertung gelangt. Seine von ihm besetzt gehaltene Pfandstelle wird in der Liquidation respektiert und er wird entsprechend seinem Rang befriedigt und für einen event. Ausfall als Kurrentgläubiger in die Masse gewiesen. Die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek kann vorkommen sowohl bei der Grundpfandverschreibung als auch beim Schuldbrief, nicht aber bei der Gült, da bei ihr der Eigentümer des Grundstückes ohne weiteres Schuldner wird.

Die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek rechtfertigt kaum eine spezielle Betrachtung, da sie in allem den Regeln des Grundpfandrechtes überhaupt folgt.

Ganz anders die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek. Ein Grundeigentümer läßt einen Pfandtitel auf seinen Namen oder den Inhaber ausstellen, oder er meldet einen durch Zahlung zurückerlangten Pfandtitel nicht zur Löschung an. In diesen Fällen hat der Eigen-

---

[1]) Bemerkung 4—6, Art. 859 Z. B. G.

tümer einen Pfandtitel in der Hand, der nach Wieland keine Forderung verkörpert, sondern rein formell, dank der Eintragung im Grundbuch, pfandrechtliche Wirkungen äußert.

Bei der Verwertung jedoch wird ein solcher forderungsentkleideter Pfandtitel als nicht existent betrachtet und die eventuellen späteren Pfandgläubiger rücken nach. Hat der Eigentümer aber den Titel weiter begeben, so äußert dieser zugunsten des Erwerbers alle Wirkung, die ihm bestimmungsgemäß zukommen. Das Pfandrecht wird von dem Augenblick an als existent und begründet betrachtet, in welchem der Eigentümer es bestellt hat. Es tritt also eine Wirkung ex tunc ein, wichtig für den Rang in bezug auf später bestellte Pfandrechte, Grundlasten und Grunddienstbarkeiten. Gerade diese Wirkung ex tunc aber scheint uns gekünstelt. Wie ist es möglich, daß ein Pfandtitel, der forderungsentkleidet genannt wird, von dem Moment an, wo er in die Hände Dritter gelangt, so wirken soll, als ob ihm schon seit seiner Errichtung ein Forderungsverhältnis zugrunde gelegen hätte? Diese Konstruktion hat darin den Kern des Institutes erfaßt, daß sie eine Wirkung ex tunc eintreten läßt, darin ist ihr aber nicht zu folgen, daß sie kein Forderungsverhältnis entstehen lassen will, vielmehr möchten wir Guhl[2]) beipflichten, wenn er sagt: „Dabei handelt es sich durchaus nicht bloß um Wirkungen, die in Zukunft, d. h. nach dem Hinzutreten des Dritten, eintreten, sondern auch um Äußerungen des persönlichen Forderungsverhältnisses aus der Zeit, wo eine Rechtsbeziehung zwischen dem Eigentümer und dem Dritten noch gar nicht bestand.

Sodann kann das Interesse des Dritten nicht allein darin bestehen, daß er an Stelle des Eigentümers Gläubiger aus dem Forderungsverhältnis wird, sondern es genügt vollkommen, daß der Dritte ein Pfandrecht, eine Nutznießung oder ein sogenanntes Pfändungspfandrecht am Eigentümertitel und damit am Forderungsverhältnis erwirbt. Gläubiger und Schuldner bleibt der Eigentümer. Warum soll er, wie die herrschende Meinung annimmt, unter diesen Umständen plötzlich zu seinem eigenen Gläubiger und Schuldner werden? Richtigerweise war er es doch schon vorher. Warum soll er von diesem Momente an nun auf einmal und bei der Pfändung nun sogar gegen seinen Willen, in einem persönlichen Schuldverhältnis gegen sich selber stehen? Zutreffender ist doch wohl, sein Schuldverhältnis von dem Zeitpunkt an wirklich auch anzuerkennen, in dem er ausdrücklich und feierlich, mit Hilfe von Grundbuch, Titel und Siegel, erklärt hat, Schuldner sein zu wollen. Diese Auffassung vermag denn auch allein der Bedeutung des Eigentümertitels im Rechtsverkehr, wie er sich bei uns abspielt, gerecht zu werden, die wichtigsten Funktionen dieser Pfandtitel in der Praxis zu erklären und juristisch zu belegen. Dies gilt für die Verpfändung, die Pfändung und die Verwertung der Eigentümertitel.“

Als Charakteristikum der Eigentümerhypothek in diesem zweiten Sinn sei erwähnt, daß das Begehren um Errichtung und Ausstellung

---

[2]) Guhl, a. a. O. S. 84f.

eines Pfandtitels auf den Namen des Eigentümers keiner öffentlichen Beurkundung bedarf, da keine Pfandbestellung vorliegt. Es genügt eine einseitige Erklärung des Eigentümers gemäß Z. G. B. Art. 963, 1. Diese Ordnung der Dinge erleichtert dem kreditsuchenden Grundbesitzer das Procedere sehr, da er damit der kostspieligen öffentlichen Beurkundung enthoben ist und ohne großen Aufwand ein Eigentümerpfandrecht bestellen und seinen Titel bei günstiger Gelegenheit in Geld umsetzen kann.

IV. Untergang.

Die Forderung aus Schuldbrief und Gült geht nur durch Löschung des Eintrages und Vernichtung des Pfandtitels unter. Hat z. B. der Gläubiger dem Schuldner gegenüber auf die Geltendmachung der Forderung rechtsgültig verzichtet, so kann man wohl sagen, die Forderung und mit ihr das Pfandrecht seien untergegangen. Wie aber, wenn der Pfandtitel in den Besitz eines gutgläubigen Dritten gelangt?

Das Pfandrecht besteht unverändert weiter und gewährt dem Gläubiger alle ihm nach Gesetz zukommenden Rechte. Es kann deshalb nicht in Abrede gestellt werden, was schon weiter oben hervorgehoben worden ist, daß im modernen Recht das Pfandrecht eine Sonderexistenz zu führen imstande ist. Losgelöst von Forderung und Parteiwillen, wirkt es formell und materiell bis zu seiner Löschung im Grundbuch.

II. Kapitel.

System der Schuldübernahme nach O. R. und Z. G. B.

§ 4. Die schuldnervertragliche (Genehmigungstheorie) und die gläubigervertragliche (Vertragstheorie) Schuldübernahme.

Wir sind im vorliegenden Kapitel dazugekommen, die Unterscheidung nach den vertragschließenden Parteien vorzunehmen, weil die Formulierung, die das O. R. und das Z. G. B. der Schuldübernahme geben, uns dazu zu drängen schien. Da nämlich das O. R. die schuldnervertragliche Übernahme absichtlich nicht aufführt, ja sich in bewußten Gegensatz zu ihr stellen möchte, andrerseits aber das Z. G. B. ausdrücklich nur diese erwähnt, so ist leicht verständlich, daß dieser Umstand dazu reizt, gerade diese beiden Arten der Schuldübernahme einander gegenüber zu stellen.[1])

Delbrück hat im Jahre 1853 scharfsinnig für die Anerkennung der Singularsuccession auch auf der passiven Seite plädiert. In der Folge hat er ein Programm für eine Schuldübernahme aufgestellt, wobei die Forderung vom Schuldnerwechsel unberührt blieb, und zwar wurde der Schuldübernahmevertrag durch Urschuldner und Übernehmer abgeschlossen. Als erster Versuch einer Konstruktion der Schuldübernahme konnte dieser ganz natürlich nicht allen Anforderungen der Theorie und der Praxis gerecht werden; so berücksichtigt Delbrück die Stellung des Gläubigers zu wenig, denn er läßt ihn überhaupt keine Rolle spielen, gibt ihm aber umgekehrt aus der reinen Tatsache des Übernahmevertrages zwischen Ü. und S. ein direktes Klagerecht gegen Ü. Auch geht bei Delbrück die Vermutung eher auf kumulative Übernahme, da der Gläubiger nach wie vor auch den Urschuldner

---

[1]) Es können noch unterschieden werden
a) nach der Haftung unter den Schuldnern gegenüber dem Gläubiger
1. privative,
2. kumulative,
3. bloße Erfüllungsübernahme;
b) analog der Forderungsbegründung
1. vertragliche,
2. gesetzliche Schuldübernahme.
Die Bedeutung dieser einzelnen Typen wird im Rahmen des zugrunde gelegten Schemas dargetan werden.

belangen kann; diese Regelung aber dürfte nur in den seltensten Fällen dem Parteiwillen entsprechen.

Das Samenkorn aber, das er mit seiner Theorie ausgeworfen hatte, war nicht auf steinigen Boden gefallen, sondern sproß kräftig weniger in die Höhe als in die Breite. Wir übergehen alle die Phasen, die das Institut in der Theorie durchgemacht hat, und beschränken uns darauf, darzutun, welche Wandlungen die schuldnervertragliche Übernahme erfahren hat, um die Gestalt zu erhalten, die ihr der Art. 832,2 Z. G. B. gegeben hat.

Wesentlich ist, daß die Person des Gläubigers nicht aus dem Spiel gelassen werden darf. Wohl wird häufig darauf hingewiesen, daß bei der Zession der Schuldner sich zur Übertragung der Forderung überhaupt nicht zu äußern habe, und deshalb im Gegenstück der Zession, in der Schuldübernahme, der Gläubiger analog eine nicht viel wichtigere Rolle zu spielen habe. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß für den Schuldner, der zahlen muß, die Qualitäten des Gläubigers nicht in Betracht fallen können, daß aber umgekehrt jeder Gläubiger sorgfältig darauf bedacht ist, einen einmal erworbenen solventen Schuldner auf keinen Fall gegen einen schlechtern einzutauschen. Es ist wichtig festzuhalten, daß zu einem Schuldübernahmevertrag nicht nur die Mitwirkung des Urschuldners und des Übernehmers, sondern auch diejenige des Gläubigers notwendig ist; zu betonen sind dabei aber hauptsächlich die Worte Urschuldner und Gläubiger.

Von Seiten derer, die auf dem Boden der Vertragstheorie stehen, wurde nun allerdings der Stellung des Gläubigers eine unverhältnismäßige Wichtigkeit beigemessen. Ihr Hauptvertreter Blume[1]) schreibt z. B.: „Die befreiende Schuldübertragung kann nur auf den Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer gestellt werden. Wenn man darüber einig ist, daß die Witwirkung des Gläubigers und des neuen Schuldners zur Duchführung der Sondernachfolge in die Schuld unbedingt erforderlich ist, so ist ein Sondernachfolgevertrag, in welchem dem Schuldner eine Hauptrolle zugewiesen ist, eine ungesunde Rechtsbildung und muß über Bord geworfen werden."

Wir möchten nun aber fragen, ob denn nicht schließlich entsprechend der Vertragsfreiheit in unserem O. R. der Parteiwille das Ausschlaggebende sei. Es kann doch sehr wohl vorkommen, daß dieser die Schuld jenes übernimmt, und sie mit diesem Vertrag vor den Gläubiger treten mit der ausgesprochenen Absicht, dessen Genehmigung einzuholen. Dabei möchten wir ein für alle Mal festhalten, daß wir hauptsächlich den Fall der Grundstücksveräußerung im Auge haben, und daß wir die andern Vorkommensfälle der Schuldübernahme höchstens hie und da zum Vergleich heranziehen werden. Wir wollen zu erhärten suchen, daß für den Fall der Grundstücksveräußerung der Schuldner eine ebenso große Rolle zu spielen berufen ist, wie Übernehmer und Gläubiger.

---

[1]) Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, Göttingen 1895.

Vor allem ist kaum begreiflich, wie Hasler und vor ihm andere, die Person des Schuldners in solch allgemeiner Weise als quantité négligeable behandeln konnten. Hasler schreibt z. B. auf Seite 74:

„Ohne Vorangehen einer Vereinbarung mit dem Urschuldner, und ohne die Verpflichtung, die Befreiung dieses letzteren zu wirken, kann der Übernehmer dazu kommen, einen Schuldübergang zu vereinbaren.[1]) In diesem Falle hat der Schuldner hier nichts mehr zu schaffen. Weder ist der Vertrag von seiner Genehmigung oder sonstigen Beteiligung abhängig, noch hat er auch nur die Möglichkeit, durch Einsprache seine Schuldbefreiung zu verändern. Sein Wollen oder Nichtwollen ist gänzlich irrelevant."

In dieser allgemeinen Fassung ist die Begründung der Vertragstheorie, auf der unser O. R. basiert, überhaupt nicht möglich. Hasler sagt allerdings, daß ein interner Übernahmevertrag vorausgehen, daß man seiner aber sehr wohl entraten könne. Uns aber liegt es daran darzutun, daß auf jeden Fall nach dem Wortlaut des Art. 832 Z. G. B. bei Grundstücksveräußerungen der Veräußerer, der Erwerber und der Gläubiger in bezug auf ihre notwendige Mitwirkung unbedingt auf gleiche Stufe gestellt werden müssen, ja wir gehen noch weiter und behaupten, daß bei der intensiven Ausgestaltung der Inhabertitel die Mitwirkung des Gläubigers eher problematischer Natur ist.

Um dieses zu beweisen, werden wir uns in Gegensatz zu dem setzen, was Hasler auf S. 114ff. von der Einordnung des Art. 832,2 des Z. G. B. im System des Schuldübernahmerechtes des O. R. schreibt.

Wir stützen uns dabei auf folgende Daten:

In der Botschaft[2]) des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Anfügung des O. R. an das Z. G. B. steht auf S. 20 f.: „Die Regelung, die der Entwurf in Art. 1204 bis 1212 dem Institute gibt, schließt sich an die vorherrschende, gemeinrechtliche Lehre und die Ordnung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches an. Unterschieden werden die Abrede zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer einerseits und die Einwilligung des Gläubigers andererseits. Jene Abrede hat ihre Bedeutung auch ohne diese Einwilligung. Der Übernehmer soll eben den Schuldner von seinen Verpflichtungen befreien und ist hierfür, auch wenn der Gläubiger den Schuldnerwechsel nicht annehmen will, verantwortlich."

Diese Botschaft wurde am 3. März 1905 an die Räte verteilt. Sie steht in bezug auf die Schuldübernahme auf dem Boden der Genehmigungstheorie. Wir stützen uns bei dieser Behauptung einerseits auf die Botschaft, die auf das B. G. B. verweist und andrerseits auf Hasler, denn er schreibt auf S. 29 selbst: „Ihr Sieg — nämlich der der Genehmigungstheorie — steht heute für Deutschland, wenig-

---

[1]) Hasler, Schuldübernahme S. 74.

[2]) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf des O. R. S. 20 f. vom 3. März 1905.

stens soweit es die Praxis betrifft, endgültig fest. Auch das deutsche B. G. B. §§ 415 ff. hat sich mit voller Klarheit für diese Theorie ausgesprochen."

Am 15. Juni 1906 und am 13. Dezember 1906 wurde der Art. 832 in seiner heutigen Fassung angenommen vom National- resp. Städterat.[1]) Das Referendum wurde gegen das Z. G. B. nicht ergriffen. Es erhielt deshalb am 10. Dezember 1907 formelle Rechtskraft.

Im Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 1. Juni 1909 ist ausdrücklich für die nähere Begründung der Schuldübernahme auf S. 20 der Botschaft von 1903 verwiesen. Diese aber steht noch auf dem Boden der Genehmigungstheorie.

Erst in der Beratung in den Räten im Oktober 1909 und Juni 1910[2]) taucht der radikale Standpunkt der ausschließlichen gläubigervertraglichen Schuldübernahme auf. Art. 183 O. R. behält ausdrücklich die Sonderbestimmung der Art. 832 und 639 Z. G. B. vor.

Es bleibt zu untersuchen, worin die Sonderbestimmungen des Z. B. G. bestehen.

In erster Linie und vor allem steht fest, daß die Konstruktion der Schuldübernahme im Z. G. B. ihre eigenen Wege geht und von derjenigen im allgemeinen Teil des O. R. grundverschieden ist. So wenig förderlich diese verschiedene Konstruktion für den Rechtsverkehr sein mag, so notwendig ist es auf der andern Seite, daß über den Charakter der Schuldübernahme im Grundpfandrecht keine Zweifel bestehen können.

Bevor wir die Merkmale der Genehmigungstheorie einzeln herausgreifen und behandeln, möchten wir bemerken, daß, da unser O. R. auf dem Boden der Vertragsfreiheit steht, ebensowohl eine Schuldübernahme nach dem allgemeinen Teil des O. R. zwischen Gläubiger und Übernehmer abgeschlossen werden kann, als auch nach Z. G. B. Art. 832 nach einer internen Übernahme zwischen Veräußerer und Erwerber dieser letztere mit dem Gläubiger den nach außen wirkenden Vertrag einzugehen imstande ist.

Bei der Veräußerung von Grundstücken ist es unumgänglich nötig, daß über die darauf haftenden Lasten völlige Klarheit herrsche. Das Grundbuch gibt darüber den nötigen Aufschluß, und es ist den Parteien ein Leichtes, die in Art. 832 vorgesehenen Verabredungen zu treffen. Ob bei der Veräußerung eines Grundstückes die persönliche Haftung auch auf den Erwerber übergehen soll, oder ob sie beim Veräußerer bleiben, der Erwerber aber mit dem Grundstück dinglich haften soll, ist vollständig in das Ermessen der Parteien gestellt; das Gesetz spricht in Art. 832, 1 die Vermutung aus, daß die Haftung von Grundstück und Schuldner ohne besondere Verabredung unverändert bleibe, steht also einem Auseinanderfallen der beiden Haftungen nicht im Wege, was um so weniger befremdlich sein kann,

---

[1]) Sten. Bull. 1906 S. 639 und S. 1398.
[2]) Sten. Bull.-Nat. Rat. 1909 S. 554. Sten. Bull. Stände-Rat 1910 S. 1847.

als ja auch schon bei Errichtung eines Pfandrechtes Eigentum und Schuld nicht bei der gleichen Person vereinigt zu sein brauchen.

Um aber allen Anforderungen des modernen Verkehrs gerecht zu werden, schreibt Abs. 2 des Art. 832 vor, wie vorzugehen sei, wenn der Erwerber auch die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderung übernehmen will. Das Bestreben, die persönliche und dingliche Schuld im gleichen Rechtssubjekt vereinigt zu haben, ist im Hinblick auf die mannigfachen Wandlungen, die sowohl das Grundstück als der Pfandtitel durchmachen können, leicht verständlich. Die Übernahme wird viel vorkommen bei Forderungen, für die ein Schuldbrief, weniger bei solchen, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet ist. Den Spezialfall der Gült zu untersuchen, werden wir weiter unten Gelegenheit haben.

Um unsern Schluß, daß die Schuldübernahme bei der Grundstückveräußerung nach der Genehmigungstheorie konstruiert werden muß, zu rechtfertigen, bleibt uns ein zweifaches zu beweisen. 1. Daß Wortlaut, Sinn und Zweck der Artikel 832—834 sich weder in der Theorie, noch in der Praxis mit der Regelung der Schuldübernahme im allgemeinen Teil O. R. auch nur vergleichen lassen und jeder dahinziehende Versuch als mißlungen betrachtet werden muß. 2. Daß der Gesetzgeber bei der Abfassung des Art. 832 auf dem Boden der Genehmigungstheorie gestanden hat.

§ 5. Die Geschichte der schuldnervertraglichen Übernahme in der schweizerischen Gesetzgebung.

A. 2. Vor allem ist zu bemerken, daß sehr wahrscheinlich dem Gesetzgeber nichts ferner lag, als zwischen den beiden Gesetzen schon von Anfang an Divergenzen aufkommen zu lassen. Dies wäre der Fall gewesen, wenn er für die Konstruktion der Schuldübernahme zwei verschiedene Methoden angewendet hätte, von denen jede ihre spezielle Regelung erfordert haben würde. Vielmehr muß angenommen werden, daß es erstes Bestreben aller an dem Aufbau des Zivilgesetzbuches und der Revision des O. R. arbeitenden Männer war, die konstruktive Einheitlichkeit der beiden Kodifikationen an möglichst wenig Stellen zu durchbrechen. So dürfen wir uns denn wohl den Schluß erlauben, daß die Schuldübernahme im Z. G. B. analog derjenigen im revidierten Teil des O. R. konstruiert gedacht wurde, welche letztere aber im Jahre 1906 noch ausgesprochen auf dem Boden der Genehmigungstheorie fußte.

Aus den Verhandlungen in den Räten und Kommissionen geht darüber folgendes hervor:

1. Die große Expertenkommission hat am 24. April 1903 über die Ausgestaltung des Art. 832 (damals Art. 830) beraten. Grundsätzlich wurde über die Frage an dieser Stelle überhaupt nicht gesprochen. Es wurden streitige Nebenpunkte, wie z. B. ob die Mitteilung des Gläubigers, daß er den neuen Schuldner nicht annehmen

wolle, schriftlich erfolgen müsse, behandelt und erledigt. Einzig Lang schlägt in seinem Votum[1]) für den Art. 832 folgende Fassung vor:

„Hat der neue Eigentümer die Schuldpflicht übernommen, so macht der Grundbuchführer dem Gläubiger davon Mitteilung.

Will der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigen, so hat er seine Forderung gegenüber dem alten Schuldner innert Jahresfrist seit der Mitteilung geltend zu machen. Unterläßt er dies, so wird der alte Schuldner frei.

In der Mitteilung ist auf diese Folge hinzuweisen."

Schon aus dieser Fassung, die aus der Feder eines Juristen stammt, kann ziemlich deutlich herausgelesen werden, wie die Schuldübernahme im Z. G. B. zu konstruieren sei.

2. Huber führt als Referent im Nationalrat bei Beratung des Art. 818 (jetzt 832) folgendes aus:[2])

Wenn der Veräußerer es vorzieht, Schuldner zu verbleiben, so bleibt das Verhältnis einfach so, daß der Veräußerer des Unterpfandes, der Schuldner, eben der Schuldner bleibt und der Erwerber das erworbene Grundstück für die Schuld eines andern verpfändet erhält. Allein es ist doch nicht wünschenswert, daß solche Zerteilungen von Schuldnerhaft und Pfandhaft häufig auftreten. Man hat je und je in den kantonalem Rechten soviel als möglich darnach gestrebt, Schuldnerschaft und Eigentum in einer Person zu vereinigen. In dieser Richtung liegt nun die Bestimmung des Art. 818 unserer Vorlage, indem vorgesehen ist, daß sobald bei der Veräußerung eines mit einer Grundpfandverschreibung belasteten Grundstückes der Erwerber die Schulden übernimmt, dann der Gläubiger gehalten sein soll, innerhalb eines Jahres, wenn er den Schuldner behalten will, es zu erklären; ist das nicht geschehen, so wird mit dem Ablauf dieser Frist der alte Schuldner frei, und der Gläubiger hat dann nur noch den Erwerber, den neuen Schuldner als seinen Schuldner."

Es hätte nun offenbar wenig Sinn zu behaupten, auch in dem oben beschriebenen Fall werde die Schuldübernahme zwischen Übernehmer und Gläubiger abgeschlossen, denn es heißt deutlich: Wenn der Erwerber die Schuld übernimmt (implicite nach Verabredung mit dem Veräußerer) so soll der Gläubiger gehalten sein zu erklären, ob er den alten Schuldner beibehalten wolle, oder mit andern Worten ob er die zwischen E. und V. getroffene Abmachung genehmige.

3. Der französische Berichterstatter, Bundesrichter Gottofrey, führt aus:[3])

„Il peut arriver et il arrive souvent, que celui qui achète un immeuble hypothéqué se charge de la dette. Il entrevient une convention de reprise de dette entre le vendeur et l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Dans ce cas, il y a eu ce qu'on apelle une

---

[1]) Prot. der Expertenkommission Bd. 4, S. 276.
[2]) Sten. Bulletin 1906, S. 644.
[3]) Sten. Bull. 1906, S. 651.

reprise de dette, la solution du projet se raproche du princip en vigueur dans les cantons dont le système hypothécaire repose sur le princip de la Gült. Si l'acquéreur s'est chargé de la dette, le débiteur primitif est libéré, à moins que le créancier ne lui déclare dans l'année, qu'il n'entend pas le décharger. Donc, dans cette hypothèse, le silence du créancier équivaut, à l'acceptation du nouveau débiteur."

Hier ist das gleiche zu sagen, wie zu den Ausführungen Hubers weiter oben.

4. Das entscheidende Wort aber wurde von Huber in der Beratung des Art. 818 im Nationalrat gesprochen. Bei Anlaß einer Anregung von Brosi, die Jahresfrist für die Erklärung (um nicht zu sagen Genehmigung) des Gläubigers von einem Jahr auf einen Monat herabzusetzen, weil sonst über die eigentliche Schuldnerschaft während eines ganzen Jahres lästige Zweifel herrschen, entgegnete ihm Huber folgendes:[1])

„Herr Brosi hat ihnen nun vorgelegt, daß diese Jahresfrist eine viel zu lange Frist sei, indem während eines ganzen Jahres Unsicherheit bestehe, wer der Schuldner sei, ob der alte oder der neue Eigentümer des Grundstückes. Allein ich glaube, entscheidend ist nicht die Anschauungsweise der Sache, sondern wir müssen von einem andern Standpunkte aus die Frage prüfen. Wenn eine Schuldübernahme durch den Erwerber stattgefunden hat, so tritt nicht eine Unsicherheit ein, wer nun Schuldner sei, sondern die nächste Folge einer solchen Schuldübernahme durch den Erwerber ist, daß der Gläubiger tatsächlich zwei Schuldner hat.

Das ist schon etwas anderes als Unsicherheit über die Person des Schuldners, man mutet dem Gläubiger lediglich zu, nach einer gewissen Frist zu entscheiden."

Mit dieser Meinungsäußerung des Referenten und Schöpfers des Z. G. B. ist dem Charakter der Schuldübernahme im Grundpfandrecht das Urteil endgültig gesprochen.

Der Gläubiger hat im Moment, wo er sich zu äußern hat, schon zwei Schuldner alternativ zur Verfügung. Die Schuld des Veräußerers ist schon auf den Erwerber übergegangen, mit der einzigen Modifikation, daß dieser Übergang nicht schon von Anbeginn seine deliberierende Wirkung für den alten Schuldner äußert. Das aus dem schon weiter oben angeführten Grunde, weil dem Gläubiger nicht ohne weiteres ohne seine Zustimmung ein neuer Schuldner an Stelle des alten gesetzt werden kann.

Zusammenfassend und im Gegensatz zu Hasler stellen wir fest:[2]) System und Konstruktion der Schuldübernahme nach O. R. und Z. G. B. gehen grundsätzlich weit auseinander. Das O. R. steht auf dem Boden der Vertragstheorie, das Z. G. B. folgt der Genehmigungstheorie. Diese

---

[1]) Sten. Bull. 1906, S. 659.
[2]) A. a. O. S. 117.

beiden Gestaltungsarten divergieren so sehr, daß eine vorbehaltlose Hinübernahme eines Satzes der einen ins Gebiet der andern unbedingt eine Vergewaltigung darstellen würde.

Wir sind auf diesem Punkt bei der Kernfrage unserer Arbeit angelangt. Nach was für Gesichtspunkten ist die Schuldübernahme im Grundpfandrecht zu regeln? Das O. R. steht grundsätzlich auf einem andern Boden als das Z. G. B., und dieses gibt keinen genügenden Aufschluß über die Konstruktion seiner Schuldübernahme. Es liegt deshalb sehr nahe, zum Art. 1 des Z. G. B. unsere Zuflucht zu nehmen. „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

§ 6. Die Auslegung der Art. 832 und 834 Z. G. B.

B. 1. Es handelt sich im folgenden darum, genaue Rechenschaft darüber abzulegen:

1. Inwieweit uns der Art. 1 Z. G. B. auf den von uns gewählten Weg leitet.
2. Warum überhaupt für das Grundpfandrecht die schuldnervertragliche Übernahme an dieser Stelle in den Vordergrund gerückt wird.
3. Wie die Konstruktion der Schuldübernahme im Z. G. B. zu denken ist nach Ablehnung der Regelung nach O. R.

Allgemeiner Teil:

Die Frage der schuldnervertraglichen Übernahme ist einer einläßlichen Behandlung wert. Das besonders darum, weil sie sonst endgültig aus unserem Zivilrecht verschwinden würde, was uns im Hinblick auf die wertvollen Dienste, die sie den Parteien trotz aller Anfechtung leisten kann, nicht recht am Platze zu sein scheint.

1. Man könnte uns Inkonsequenz vorwerfen und sagen, weiter oben sei behauptet worden, es sei erstes Bestreben des Gesetzgebers, die konstruktive Einheit einer Gesetzgebung an möglichst wenig Orten zu durchbrechen. Das O. R. sei in seinem revidierten Teil jüngeren Datums, und deshalb die dort aufgestellten Grundsätze ohne weiteres auch für das Z. G. B. anzuwenden.[1]) Auf den Fall der Schuldübernahme projiziert, es sei trotz des Wortlautes des Art. 832 die Regelung der Art. 175—183 O. R. zur Grundlage zu machen. Dem aber möchten wir das Folgende entgegenhalten:

Vor allem glauben wir den Wortlaut des Art. 832 und 834 zur Beweisführung heranziehen zu müssen. Er wird uns den genauen Weg weisen, in welcher Richtung wir die ergänzenden Bestimmungen zu suchen haben, und an welchen Stellen seine Fassung der Interpretation nach Art. 1 Z. G. B. Raum läßt.

[1]) Art. 7 Z. G. B.

832. „Wird das mit einer Grundpfandverschreibung belastete Grundstück veräußert, so bleibt die Haftung des Grundpfands und des Schuldners unverändert.

Hat aber der neue Eigentümer die Schuldpflicht übernommen, so wird der frühere Schuldner frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht binnen Jahresfrist erklärt, ihn beibehalten zu wollen."

834. „Von der Übernahme der Schuld durch den Erwerber hat der Grundbuchverwalter dem Gläubiger Kenntnis zu geben.

Die Jahresfrist für die Erklärung des Gläubigers läuft von dieser Mitteilung an."

Gmür schreibt in seiner „Anwendung des Rechts": [1]) „Soviel kann als unbestritten angenommen werden, daß unter Auslegung die auf Ermittlung des Gesetzesinhalts gerichtete Tätigkeit zu verstehen ist". Weiter unten: „Die teleologische Auslegungsmethode ist zwar keineswegs die alleinseligmachende. Allein sie scheint uns doch am besten den Pfad zum Ziel zu weisen. Wenn man bei der Interpretation eines Gesetzesteiles in erster Linie nach einem Zweck frägt, so gewinnt man von vornherein eine richtig gelegene Hauptetappe für die Auslegungstätigkeit und gerät nicht leicht nebenaus". Und weiter: „Zweck und Inhalt eines Rechtssatzes werden bestimmt sowohl dadurch, daß er auf eine bestimmte äußere Weise, in bestimmtem systematischem Zusammenhange angeordnet ist, als auch dadurch, daß er auf eine bestimmte Materie, gewisse Lebensverhältnisse Bezug nimmt."

„Wir unterscheiden demnach zwei Hauptarten der Auslegung, eine solche in systematisch technischer und eine solche in materieller Beziehung. Und als Hauptmomente der Auslegung kommen in Betracht der Zusammenhang der einzelnen Stelle mit dem Rest des Gesetzes und des Rechtes einerseits und ihr Zusammenhang mit dem Leben andererseits."

Wir haben die Ansicht von Gmür vorausgeschickt, der wie kaum ein anderer als Germanist berufen war, die Auslegungsregeln, die für das Z. G. B. angewendet werden sollen, darzulegen.

Zu allen Anfang gilt es, sich ein Bild zu verschaffen von dem, was uns die Art. 832 und 834 in ihrem Wortlaut sagen wollen, ohne vorerst irgend ein Zweckmoment hinein zu interpretieren. Es wird niemand behaupten, daß wir den Art. 832,2 und 834,1 Gewalt angetan haben, wenn wir ihren Sinn im Zusammenhang folgendermaßen wiedergeben. Der neue Eigentümer hat die Schuldpflicht für die Pfandforderung übernommen. Auf Grund dieser Übernahme wird dem Gläubiger vom Grundbuchbeamten eine Mitteilung gemacht, in welcher diesem von der Übernahme Kenntnis gegeben wird. Der alte Schuldner wird frei, wenn ihm der Gläubiger nicht binnen eines Jahres schriftlich mitteilt, daß er ihn beibehalten wolle.

Es ist kaum denkbar, daß ein Unbefangener den Artikel anders deuten würde. Primär eine Übernahme der Schuld durch den Über-

---

[1]) Gmür, Anwendung des Rechtes nach Art. 1 Z. G. B., Bern 1908, S. 43, 51.

nehmer, dann die Mitteilung des Grundbuchbeamten an den Gläubiger und schließlich die Erklärung des Gläubigers, welchen der beiden Schuldner er fürderhin als einzigen haben wolle. Die Genehmigungstheorie allein ist es, für die alle die genannten Voraussetzungen zutreffen.

2. Warum wird überhaupt für das Grundpfandrecht die schuldnervertragliche Übernahme an dieser Stelle in den Vordergrund gerückt?

Die Beantwortung dieser Frage führt zu der Gegenüberstellung der bisherigen Praxis mit der Behandlung, die die reine schuldnervertragliche Übernahme erheischt.

Wieland hat in seinem Kommentar[1]) dargetan, daß die Konstruktion wie sie oben gezeichnet ist, offenbar den Art. 832 und 834 zu Grunde liege, nämlich Schuldübernahme zwischen Schuldner und Übernehmer und darauf Genehmigung durch den Gläubiger. Allerdings hat Wieland das O.R. erst in seinen Entwürfen vor sich gehabt, und es war ihm deshalb nicht möglich, sich darüber zu äußern, wie er sich zu der jetzt bestehenden Divergenz verhalten würde. Wir möchten nicht verfehlen noch einmal auf seine Worte aufmerksam zu machen. Er sagt auf S. 354 wörtlich: „Die Übernahme[2]) kann in der Weise erfolgen, daß der Erwerber die Übernahme mit dem Veräußerer vereinbart (nicht ihm verspricht, ihn gegebenenfalls zu befreien) und der Gläubiger nachträglich diese Vereinbarung genehmigt."

Hasler[3]) führt S. 117 aus „Im großen und ganzen gelten auch hier (832 und 834) die oben entwickelten Grundsätze; die Bestimmungen der Art. 175 ff. O. R. finden auch auf die Hypothekenübernahme in der Hauptsache Anwendung. Interne Schuldübernahme und Schuldübertragung stehen sich in gleicher Weise wie bei der gewöhnlichen Schuldübernahme gegenüber."

„Im Vertrag des Veräußerers mit dem Erwerber liegt die interne Schuldübernahme. Erst durch die Schuldübertragung erfolgt der Schuldnerwechsel." Sagt da Hasler nicht weniger als das Gesetz, das in Art. 834 ausspricht, daß dem Gläubiger von der übernommenen Schuld Kenntnis gegeben werde? Hasler fühlt sich wohl selber nicht ganz sicher bei seiner Behauptung, denn er sagt: „Wir werden aber auch sehen, daß wir es trotz aller Abweichungen doch nicht mit etwas anderem zu tun haben, als mit einem Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer." [4])

„Der Zeitpunkt, wann die Offerte des Übernehmers an den Gläubiger[5]) erfolgt, ist gleichgültig". Von einer Offerte des Schuldübernehmers steht gar nichts im Gesetz.

---

[1]) Wieland, Komm. Sachenrecht Art. 832, S. 354.
[2]) Wieland, a. a. O., S. 354.
[3]) Hasler, a. a. O, S. 117.
[4]) S. 118.
[5]) S. 118.

„Die Spezialvorschrift des Art. 834 ist nur zum Schutze des Veräußerers da.[1]) Denn da dieser nach O.R. kein allgemeines Antragsrecht an den G. besitzt, könnte der Ü. mit seiner Offerte an den G. zögern, und so dem V. sehr großen Schaden zufügen.“ Es ist nicht der Art. 832, der zu dieser Angst berechtigt, sondern die Konstruktion nach O.R. Die Art. 842 und 834 sehen ganz einfach vor, daß der Grunduchbeamte, der ex officio von der Schuldübernahme Kenntnis hat, diese dem G. mitteilt und zwar die vollzogene Schuldübernahme, für deren Nichterfüllung Ü dem V diesmal regelrecht nach O. R. haftet.

Auf keinen Fall können wir Hasler in die Regelung des Art. 834, wie er sie weiter darlegt, folgen. Es verträgt sich schlecht mit dem, was Hasler weiter oben über die gesetzliche Vermutung des Auseinanderfallens der Haftung ausgesprochen hat, wenn er nun hier plötzlich behauptet, mit der Begründung seines Grundeigentums könne der Erwerber zum Eintritt in das Schuldverhältnis gezwungen werden und zwar dadurch, daß der Grundbuchführer dem Gläubiger Kenntnis gebe von der Übernahme. Da spielt dann allerdings die Person des Grundbuchverwalters eine besondere Rolle, so eine Art deus ex machina für den gefährdeten Veräußerer. Wir glauben kaum, daß Oberrichter Lang diesen Spezialfall im Auge hatte, als er den Antrag stellte, die Mitteilung an den Gläubiger solle vom Grundbuchverwalter ausgehen. Vielmehr ist diese Regelung der reine Ausfluß der Genehmigungtheorie, nach welcher sowohl der Veräußerer als der Erwerber dem G. die Mitteilung der Übernahme machen können. Weil nun aber im Grundpfandrecht der Eigentumsübergang eine wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Schuldübernahme darstellt, so lag es sehr nahe, die Mitteilungspflicht einer Person aufzuerlegen, die von Amtes wegen über den Eigentumsübergang orientiert, und deshalb auch für den G. von besonderer Glaubwürdigkeit ist. In ganz analoger Regelung in bezug auf die Sicherheit des Eigentumsüberganges sagt § 416 B.G.B.: „Die Mitteilung des Veräußerers (vom Schuldübergang) kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundburch eingetragen ist.“

Damit, daß der Grundbuchverwalter als gesetzlicher Stellvertreter auftritt, gehen wir ohne weiteres einig. Das Gesetz sagt nicht, wessen gesetzlicher Vertreter er sei, folglich ist unseres Erachtens die Ansicht, er sei derjenige beider, des Erwerbers und des Veräußerers, weniger willkürlich, als wenn Hasler behauptet, er sei just derjenige des Erwerbers, was allerdings nach der Vertragstheorie als notwendig bezeichnet werden muß.

Es fällt aber nicht leicht, den Grundbuchverwalter als Stellvertreter des Erwerbers anzusehen, da dieser doch gerade durch die Mitteilungspflicht desselben Grundbuchverwalters an einem dolosen Verhalten dem Veräußerer gegenüber verhindert werden soll.

---

[1]) S. 118/119.

Es sei nun noch auf eine Unebenheit hingewiesen, die dadurch bedingt ist, daß die Art. 832 bis 834 in das System des O.R. hineingezwängt werden sollen.

Hasler[1]) will in der Mitteilung durch den Grundbuchführer die Offerte zur Schuldübertragung, zur externen Schuldübernahme erblicken. Wenn nun aber der Gläubiger diese Offerte nicht annehmen will, so ist er gezwungen[2]), die Absage schriftlich nicht etwa dem Erwerber, sondern dem Veräußerer, der nach der Vertragstheorie überhaupt aus dem Spiel gelassen werden soll, zu übermitteln. Auch das noch ruhig in den Rahmen der Vertragstheorie hineinzunehmen, dürfte doch wirklich zu weit gehen, wie gut man es auch zu begründen versuchen möchte.

In seinem sachenrechtlichen Kommentar stellt auch Leemann[3]) den Art. 832 in den Dienst der gläubigervertraglichen Schuldübernahme. Wir sind gezwungen zu konstatieren, daß auch er hie und da den Gesetzestext ad hoc sehr extensiv interpretieren muß, um der Vertragstheorie den Einzug ins Z. G. B. zu ermöglichen.

So z. B. schreibt Leemann auf S. 872 Note 11: „Die Verpflichtung des Schuldübernehmers, den Veräußerer von der Schuldpflicht zu befreien, wird dadurch erfüllt, daß der Erwerber durch Vermittlung des Grundbuchverwalters dem Gläubiger die Übernahme der Schuld an Stelle des bisherigen Schuldners offeriert und der Gläubiger diese Offerte annimmt. Art. 834 sagt deutlich: „Von der Übernahme der Schuld durch den Erwerber hat der Grundbuchverwalter dem Gläubiger Kenntnis zu geben.“ Wollte das Gesetz den Grundbuchverwalter als gesetzlichen Stellvertreter des Übernehmers zum Zweck der Stellung einer Offerte bestimmen, so hätte es zum mindesten sich anders ausdrücken müssen.

Im weitern scheint uns auch die Regelung nicht ohne Willkür zu sein, die Leemann[4]) der Rechtsstellung des Gläubigers angedeihen läßt. Erwerber und Veräußerer sollen nach der dort dargelegten Ansicht auch dann von der internen Schuldübernahme zurücktreten können, wenn die Schuldübernahme dem Gläubiger schon offeriert, dieser aber noch nicht angenommen hat. Oser[5]) behauptet in seinem Kommentar des O.R. sogar, daß den Schuldnern das Auflösungsrecht selbst dann erhalten bleibe, wenn sie dem Gläubiger eine Frist zur Annahme gesetzt hatten. Damit befinden wir uns wohl auf ganz ungesetzlichem Boden[6]). Es kann allerdings gesagt werden, die Auflösung der internen Übernahme komme nicht einem widerrechtlichen Rücktritt vom gestellten Antrag gleich, denn die Schuldner treten von

---

[1]) S. 120.
[2]) S. 123.
[3]) Gmür, Kommentar Z. G. B., Sachenrecht, Prof. Leemann, S. 872, Art. 832, Nr. 11.
[4]) A. a. O., S. 873.
[5]) Oser, Kommentar O. R. Art. 177, Bern 3, S. 444.
[6]) Art. 3, O. R. in Verbindung mit Art. 177 O. R.

einem Vertrag zurück, der den Gläubiger in nichts berührt. Die Offerte an G. aber ist so intensiv mit dem zugrunde liegenden schuldnerischen Vertrag verbunden, daß füglich, allerdings nicht streng rechtlich, behauptet werden kann, eine Auflösung des Schuldübernahmevertrages komme praktisch einer Verletzung der Vorschriften über die Offerte gleich. Wirtschaftlich jedenfalls dürften aus oben vorgeschlagener Regelung höchst unerwünschte Wirkungen entstehen. Die Genehmigungstheorie, bei welcher die Mitteilung der Schuldner nie einem Antrag zu einem Vertrag gleichkommt, läßt den Parteien bis zur Genehmigung durch den Gläubiger vollständige Freiheit des Rücktrittes, ohne damit im geringsten mit allgemeinen Vorschriften des O. R. in Konflikt zu geraten.

Gierke, ein entschiedener Verfechter der Genehmigungstheorie hat die komplizierte Frage der Voraussetzungen der Genehmigung des Gläubigers in souveräner Weise beantwortet:

„Alle von den Gegnern der Genehmigungstheorie oder Verfügungstheorie unternommenen Versuche, dem Gläubiger die Rolle eines Vertragsteiles zuzuweisen, verkennen das Wesen der Schuldübernahme und müssen zu künstlicher Umdeutung der Gesetzesbestimmungen greifen. In dem Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Übernehmer liegt nicht ein einfacher Anwendungsfall der Verfügung eines Nichtberechtigten, sondern ein durchaus eigenartiges Verfügungsgeschäft. Die Verfügung ist ein unselbständiger Bestandteil des auf Schuldübergang gerichteten Vertrages und nur als Mittel für diesen Zweck gewollt; sie wird nicht einseitig vom Schuldner, sondern gemeinschaftlich von ihm und dem Übernehmer, der ja seine Schuldnerschaft in die Forderung einschieben will, getroffen; sie sinnt dem Gläubiger kein Rechtsopfer an, sondern nur eine Rechtsänderung, die er, wenn sie ihm nachteilig erscheint, ablehnen kann, nach der Meinung der Vertragschließenden aber als ihm unschädlich oder gar vorteilhaft, gutheißen soll."

Was Leemann in Note 20 zum Art. 832 sagt[1]) läßt auch die Behauptung, der Grundbuchverwalter sei gesetzlicher Stellvertreter nur des Übernehmers, in einem eigentümlichen Licht erscheinen. Denn es wird dort festgestellt, daß eine vom Übernehmer ausgehende Mitteilung an den Gläubiger nicht die Wirkung zeitigen könne, die der Art. 832 II an die Mitteilung des Grundbuchverwalters knüpft; die Pflicht des Grundbuchverwalters geht über eine reine Stellvertretung hinaus, sie ist eine vom Gesetz gewollte Wirkung zum Schutze des Gläubigers und kann nur als das gewertet werden. Im Sinne der Genehmigungstheorie löst sich die Frage dahin, daß vom Moment des Eigentumseintrages hinweg der Grundbuchführer gesetzlicher Stellvertreter der Parteien ist, und nur das tut, was die Parteien sonst selbst zu tun genötigt wären. Auf keinen Fall geht die Mitteilung des Grundbuchführers über den Willen der Parteien hinaus. Dieser

[1]) Leemann, a a. O., S. 875.

geht höchsten Falles dahin, die Mitteilung an den G. gelangen zu lassen, was sie auch erreichen, mindestenfalls aber dahin, die Mitteilung nicht vor der beidseitigen Erfüllung des zugrunde liegenden Vertrags an G. gelangen zu lassen, was der Übernehmer dadurch erreichen kann, daß er unter Angabe der Gründe den Grundbuchverwalter ersucht, mit der Abgabe der Mitteilung zuzuwarten.

Ebensowenig kann es im Sinne des Gesetzes liegen, wenn es in Note 24[1]) weiter heißt, es sei nicht erforderlich, daß der Schuldner vom Zustandekommen der Schuldübernahme Kenntnis erhalte. Für den dem Schuldner günstigeren Ausgang soll dieser keine Mitteilung erhalten. Wenn aber seine Forthaftung beschlossen wird, erheischt das Interesse dieses selben Schuldners, daß ihm zuerst, der gar nicht in dem Ding sein soll, Mitteilung gemacht wird. Sein Interesse ist doch genau gleich groß, ob er nun frei werde oder weiter hafte. Die Vorschrift des Art. 832, 2 paßt einfach nicht in die Vertragstheorie hinein und ist auch nie auf sie zugeschnitten worden. Vom Standpunkt der G. Theorie aus aber ist es sehr leicht verständlich, daß derjenige der beiden Schuldner die Mitteilung von der Erteilung bezw. Verweigerung der Genehmigung bekommt, der durch sie als zukünftiger Schuldner erklärt wird, und das zwar darum, weil der Gläubiger sich demjenigen gegenüber zu erklären hat, mit dem er in Zukunft den Vertrag geschlossen haben will.

Schweigt der Gläubiger, nachdem ihm die Mitteilung des Grundbuchverwalters zugegangen ist, so bleibt das Verhältnis bestehen, das durch den Schuldübernahmevertrag des E. und V. entstanden ist. Nach der Vertragstheorie würde dann der Zustand herrschen,[2]) den der Gesetzgeber bei Beratung des Art. 832 ausdrücklich hat ausschließen wollen. Es würde wirklich während eines Jahres Zweifel über die Schuldnerschaft bestehen. Der Gläubiger hat ein Wahlrecht zwischen einem Schuldner und einem Nichtschuldner. „Der Übernehmer ist überhaupt nie Schuldner geworden" sagt Leemann.[3]) „Der Gläubiger hat eben während dieses Jahres zwei Schuldner", sagt Huber.

Es sei uns gestattet, hier zu der Frage Stellung zu beziehen, inwieweit der Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung eines Artikels in Betracht gezogen werden darf.

In Verbindung mit der Beantwortung dieser Frage, werden wir auch gerade der Aufgabe zu genügen suchen, die wir uns weiter oben gestellt haben, nämlich die Art. 832 und 834 als Glied eines Ganzen zu betrachten und sie ihrem Zweck entsprechend in das Gebiet des Grundpfandrechtes einzureihen.

Wir zitieren wieder eine Stelle aus der „Anwendung des Rechts" von Gmür[4]). „Wir gelangen zum Schluß, daß unter Auslegung des Gesetzes nicht die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers verstanden

---

[1]) Ebenda, S. 876.
[2]) Sten. Bull. 1906, S. 659.
[3]) Leemann a. a. O., S. 876 Note 28.
[4]) Gmür, a. a. O, S. 46.

werden darf. Das Gesetz hat sein eigenes Leben, losgelöst vom Gesetzgeber, er ist einer gewissen Fortbildung im Einklang mit der sozialen und kulturellen Entwicklung fähig. Während seine Fassung gleichbleibt, verändert sich doch sein Inhalt und damit sein Geltungsgebiet."

Huber sagt in seinen Erläuterungen:[1]) „Wir gelangen zu dem Resultate, daß in erster Linie das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden muß. Und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut unmittelbar reicht, sondern soweit es in irgend einer Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann." Als zweite Stufe setzt Huber das Gewohnheitsrecht und als dritte die Überzeugung des Richters.[2]) Den Wortlaut des Gesetzes glauben wir zur Genüge untersucht zu haben und hoffen, daß nach dem Gesagten über den wahren Charakter der Vorschriften der Art. 832 bis 834 kaum mehr ein Zweifel bestehen kann. Es gilt jetzt die schuldnervertragliche Übernahme außerhalb des Gesetzestextes, in der analogen Gesetzesanwendung zu verteidigen.

Mit der Wiederaufnahme der Genehmigungstheorie haben wir in unserm Zivilrecht zwei Konstruktionen der Schuldübernahme, die sich in vielen Nebenpunkten nicht vertragen, die jeder Behandlung, die sie auf gleiche Stufe stellen möchte, Widerstand entgegensetzen. Es ist für die Praxis äußerst kompliziert, das Gebiet der Schuldübernahme, das schon an sich ein schwieriges ist, noch von zwei verschiedenen Standpunkten aus zu betrachten, je nachdem es sich um das O. R. oder das Grundpfandrecht handelt. Wir hätten uns nie dazu entschließen können, diesen Zustand heraufzubeschwören, wenn nicht wichtige Faktoren, wie wir sie in der Folge einzeln aufzählen werden, uns dazu zu zwingen schienen.

Wir wollen den Zweck, dem die Art. 832—34 zu dienen berufen sind, hervorzuheben versuchen.

Wir behaupten vor allem einmal, daß im Grundpfandrecht eine Schuldübernahme nie ohne die Mithilfe des Schudners zustande kommen wird. Das aus zwei Gründen.

Erstens sind die Verhältnisse im Grundpfandrecht derart, daß ein Grundeigentümer notwendig bei der Veräußerung seines Besitzes mitwirken muß; wird dabei über die auf dem Grundstück lastenden Schulden keine Abrede getroffen, so wird auch keine Reduktion am Kaufpreis gemacht. Der Erwerber, der dann gleichwohl dem G. über den Kopf des Veräußerers hinweg eine Offerte zu einer Schuldübernahme macht, dürfte nur unter denen zu suchen sein, die dem Schuldner schenken wollen; wegen dieses Spezialfalles aber würde kein Gesetzgeber eine Vorschrift ins Grandpfandrecht aufgenommen haben. Wird aber die Schuld übernommen, wird am Kaufpreis ein Abzug gemacht, so ist mit Hinsicht darauf, daß der Gläubiger im Grundpfandrecht ein Jahr mit seiner Zustimmung warten kann, darauf hinzuarbeiten, daß die Rechtslage zwischen V und E eine möglichst

[1]) Huber, Erläuterungen Bd. I 1914, S. 36ff.
[2]) Huber, a. a. O., S. 38.

klare ist. Das ist sie aber sicher dann nicht, wenn über die Schuldnerschaft die Unklarheit herrscht, wie sie die Vertragstheorie während eventuell eines Jahres bestehen läßt. Umgekehrt aber, wenn Schuldner und Übernehmer unter sich rechtzeitig die Schuldübernahme mit der Wirkung des Schuldüberganges beschließen können, so ist die Situation soweit klar, daß während eines Jahres, wenn der Gläubiger sich nicht vorher entscheidet, zwei Schuldner vorhanden sind. Der Übernehmer kann seinen Verpflichtungen aus dem Grundvertrag nachkommen, kann Zinse an den Gläubiger zahlen, ohne dabei das geringste zu riskieren. Wir glauben also füglich behaupten zu können, daß die Mitwirkung des Schuldners ein Essentiale genannt werden darf, besonders noch in Beachtung der Vorschrift des Art. 832, 2, wonach die Ablehnung des Gläubigers nur an den Schuldner erfolgen kann, eine Regelung die absolut sinnlos wäre, wenn dem Schuldner nicht eine wesentliche Rolle bei der Schuldübernahme zugedacht worden wäre.

Der zweite Grund ist folgender:

Was Art. 835 für die Grundpfandverschreibung vorsieht, ist für den Schuldbrief und die Gült selbstverständlich. Die Übertragung einer Forderung, für die ein Grundpfand haftet, bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung im Grundbuch. Das will für unsern Fall bedeuten, daß der Gläubiger in sehr vielen Fällen dem Übernehmer gar nicht bekannt zu sein braucht. Der Gläubiger beleiht, um sein Kapital anzulegen, irgend einen ihm Gewähr bietenden Boden. Er wird in vielen Fällen gar nicht zögern, seine Genehmigung ohne weiteres zu erteilen, denn er weiß, daß er eine erste oder zweite Hypothek hat, und das Grundstück für wenigstens das Doppelte gut ist. Der Übernehmer verhandelt deshalb mit dem Schuldner, und es ist sehr zu wünschen, daß seine Bindung dem Schuldner gegenüber derart zum Ausdruck kommt, daß über die Schuldnerschaft keine Zweifel mehr herrschen und es zur Befreiung des bisherigen Schuldners nur noch der Genehmigung des Gläubigers bedarf. Schuldner und Übernehmer sind diejenigen, in deren wirtschaftlicher Lage die Hauptveränderung eintritt. Es ist nirgends so berechtigt zu behaupten, der Gläubiger spiele in der Schuldübernahme eine eher nebensächliche Rolle, als gerade im Grundpfandrecht. Denn die Interessen des Gläubigers, die hier im Feuer sind, dürfen als durch die Realsicherheit geradezu gewahrt betrachtet werden. Wir dürfen ohne alle Willkür feststellen, daß im Grundpfandrecht das Hauptgewicht bei der Schuldübernahme auf die Verhandlungen zwischen Erwerber und Veräußerer zu legen ist.

Wenn wir aber annehmen, daß die Person des Schuldners für die Schuldübernahme im Grundpfandrecht nicht außer Acht gelassen werden darf, so haben wir schon einen großen Schritt von der Vertragstheorie weg getan. Daß die beiden Theorien sich nicht vertragen, dürfte als erwiesen betrachtet werden. Daß aber die Anwendung der Sätze des O. R. auf die Spezialgesetzgebung des Z. G. B. sich ebensowenig mit der Konstruktion des letzteren verträgt, soll an einem Bundesgerichtsurteil dargetan werden. Das gleiche Urteil soll uns auch

zeigen, eine wie große Verwirrung dadurch bewirkt werden kann, daß man die Gegensätze der beiden Gesetzgebungen in der gleichen Konstruktion zu überbrücken versucht. Wir sind gezwungen, das Urteil in seinen wesentlichen Teilen wiederzugeben, und gestatten uns, jeweilen sofort auf die Unstimmigkeiten aufmerksam zu machen.[1])

„Die Beklagten behaupten, von ihrer Grundpfandschuld befreit zu sein, weil bei Verkauf des Grundpfandes die Übernahme der Schuld durch den Käufer dem damals im Grundbuch noch als Gläubiger eingetragenen G. mitgeteilt worden sei, und dieser keine Behaftungserklärung nach Z. G. B. 832, II abgegeben habe." Das Bundesgericht hat aber verurteilt.

Gründe:

„Die Schuldübernahme erfolgt nach Art. 176 O. R. durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger. Dieser Vertrag kann dadurch zustande kommen, daß der Erwerber die Übernahme mit dem Veräußerer vereinbart und der Gläubiger diese ihm mitgeteilte Übernahme ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt[2]) (sic). Diese Art der Übernahme ist speziell im Grundpfandverkehr die übliche und wird auch von Art. 832, II und 834 Z. G. B. als die normale vorausgesetzt. (Vgl. Wieland, Komm. zu Art. 832 Z. G. B., S. 354). Dann weiter unten wörtlich: „Da der Übernahmevertrag nur mit dem Gläubiger abgeschlossen werden kann, kann auch eine zwischen dem Übernehmer und dem Veräußerer erfolgte Übernahmsvereinbarung nur durch den wahren Gläubiger genehmigt werden."

Der Richter hat hier sehr richtig gesehen, daß in der Schuldübernahme zwei ganz verschiedene Tatbestände aufgestellt werden können; sein Irrtum aber besteht darin, daß er sie in denselben Tiegel wirft.

Es wird dann weiter entwickelt, daß die Mitteilung der Schuldübernahme an den wahren Gläubiger erfolgen müsse, um eventuell befreiende Wirkung für den Veräußerer zu haben. Auch wenn angenommen werde, daß nur die Übernahmsanzeige an den wahren Gläubiger den alten Schuldner befreien kann, ist der Grundbuchverwalter zu Nachforschungen über die Person des G. nicht verpflichtet, nach Art. 66 G. B. V. darf er dies vielmehr unterlassen. Wenn aber die Vorinstanz als günstige Wirkung ihrer Auffassung erhofft, daß der Erwerber einer grundpfandversicherten Forderung dem Grundbuchamt im eigenen Interesse von dem eingetretenen Wechsel Kenntnis geben werde, weil er sonst Gefahr laufe, seine Rechte gegen den alten Schuldner unversehens zu verlieren, so ist dieser Erwägung entgegenzuhalten, das es nicht angeht, das Gesetz, das in Art. 835 Z. G. B. einen Zwang zur Eintragung gerade ausschließt, so zu interpretieren, daß derjenige, der eine grundversicherte Forderung erwirbt, tatsächlich zur Eintragung der Übertragung gezwungen wird. Abgesehen hiervon,

---

[1]) Praxis des Bundesgerichtes Bd. 4, Nr. 24, S. 36, B. G. Bd. 40 II 591.
[2]) Tatbestand der reinen Genehmigungstheorie.

würde ein solcher Zwang der ganzen Struktur der Grundpfandverschreibung widersprechen, bei welcher, wie bei der gemeinrechtlichen Hypothek, die Forderung vom Pfandrecht getrennt bleiben kann, aus dem Pfandeintrag darum auch nicht ohne weiteres hervorgehen würde, wer der Gläubiger der Forderung sei. Allerdings ist zuzugeben, daß, wenn der Grundbuchverwalter seiner Anzeigepflicht durch Mitteilung an den eingetragenen Gläubiger, der unter Umständen nicht wirklicher Gläubiger ist, genügt, während nur die Mitteilung an den wahren Gläubiger die Befreiung des Schuldners zur Folge haben kann, das Auseinanderfallen von Schuld und Eigentum am Pfand, das für den Verkehr nachteilig ist, gefördert wird. Allein gemäß Art. 177 O. R. können sowohl der Übernehmer als der bisherige Schuldner dem Gläubiger für die Annahme eine Frist setzen, nach deren Ablauf die Annahme bei Stillschweigen des Gläubigers zwar als verweigert gilt, wodurch aber doch mindestens eine baldige Abklärung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse erzielt wird."

Dieser letzte Satz kann aber für die Schuldübernahme im Z. G. B. keine Geltung beanspruchen. Während nämlich Art. 832 dem Gläubiger, um sich über die Verhältnisse des Ü. zu erkundigen, ein Jahr einräumt, sollen aus dem einzigen Grunde, weil man die Vorschriften des Z. G. B. ins allgemein System des O. R. hineinzwängen will, dieses Jahr je nach Befinden des Übernehmers und des Schuldners beliebig abgekürzt werden. Formell steht diesem Vorgehen nichts im Wege, materiell aber müßte es als im Widerspruch mit dem Wortlaut und Sinn der Art. 832 und 834 bezeichnet werden.

Wie vollständig losgelöst von Schuldner und Übernehmer die Person des Gläubigers angeschaut wird, geht aus dem Satze eines Bundesgerichtsurteils hervor. Es steht dort:[1]) „Wer einen Schuldbrief erwirbt, kann sich trotz Art. 865, 866, 872 und 874, III nicht ohne weiteres darauf verlassen, daß die darin verurkundete Forderung gegenüber dem im Titel bezeichneten oder im Grundbuch eingetragenen Schuldner bestehe, sondern Grundbuch und Titel bilden ihm bloß eine Gewähr dafür, daß die Schuld in dem aus ihnen ersichtlichen Umfange entweder gegenüber dem gegenwärtigen oder aber gegenüber einem früheren Eigentümer des belasteten Grundstückes bestehe."

Wie groß im übrigen die Unsicherheit über die Parteiverhältnisse im Schuldübernahmerecht des Grundpfandrechtes ist, geht aus den weitern Ausführungen des Urteils deutlich hervor.

§ 7. Die Richtlinien für die Behandlung des Art. 832—834 Z. G. B. nach der Genehmigungstheorie.

3. Wie ist die Konstruktion der Schuldübernahme zu denken nach Ablehnung der Regelung, wie sie das O. R. im allgemeinen Teil bietet?

---

[1]) B. G. Bd. 40, II, 593.

Nach dem bisher Gesagten dürfte es nicht mehr zweifelhaft sein, daß die Schuldübernahme im Grundpfandrecht einer eindeutigen Regelung ruft, die sowohl der Eigenart ihrer Bestimmung als auch dem Zweck des Instituts überhaupt gerecht wird.

Art. 183 O.R. sagt:

„Die besondern Bestimmungen betreffend die Schuldübernahme bei Erbteilung und Veräußerung verpfändeter Grundstücke bleiben vorbehalten."

Nach all den festgestellten Divergenzen zwischen den beiden Konstruktionen drängt sich als Auslegung des Art. 183 O. R. die folgende Lösung auf.

Die Schuldübernahme im Z. G. B. ist eine besondere Einrichtung, sie ist ein Ganzes, und es bleibt ihr auch eine besondere Regelung vorbehalten Die Schuldübernahme im Z. G. B. ist ein Gebiet für sich, es spielen sich dort die Vorgänge ganz anders ab, als im Vertragsleben des O. R. Theorien, die für den allgemeinen Teil des O. R. geschaffen sind, können nicht ohne weiteres auf das Grundpfandrecht übertragen werden.

Das O. R. sieht für seine Schuldübernahme einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer vor; die gleiche Auffassung der Schuldübernahme kann nicht ins Grundpfandrecht übertragen werden, wenn dort z. B. ein Vertrag mit dem Gläubiger sogar von Gesetzes wegen erschwert wird dadurch, daß durch die Ausstellung zahlloser Inhabertitel der Gläubiger überhaupt dem Bereich des Schuldners entzogen wird.

Im speziellen Teil soll versucht werden, der Genehmigungstheorie eine konsequente Durchführung zu geben. Die Frage wäre einfach zu entscheiden, wenn man aus Art. 832—834 genügend Anhaltspunkte für die Ausgestaltung besonders der Einreden und Nebenrechte gewinnen könnte. In diesem Punkt aber befinden wir uns im Dunkeln. Der Wortlaut und Sinn der Art. 832 — 834 lassen wohl unzweideutig auf die Genehmigungstheorie schließen, über die Nebenpunkte aber wird nichts gesagt.

Können wir zum O. R. unsere Zuflucht nehmen?

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir eine kurze Darlegung der beiden heutigen Schuldübernahme-Theorien geben. Wir legen dabei dem Gang der Darstellung den Gesetzestext unseres O. R. zugrunde und werden Punkt für Punkt auf die prinzipiellen Unterschiede der beiden Theorien aufmerksam machen.

a) Die Erfüllungsübernahme des Art. 174, oder die interne Übernahme, wie sie die Anhänger der Vertragstheorie zu nennen pflegen, können wir aus dem Spiel lassen. Sie äußert unter beiden Gesichtspunkten die gleiche Wirkung. Der Übernehmer wird durch diesen Vertrag nur dem Schuldner verpflichtet; der Gläubiger tritt in gar kein Verhältnis zum Übernehmer, höchstens kann man sagen, daß rein tatsächlich der Übernehmer als Zahler dem Gläubiger gegenüber steht.

Im Verhältnis zur vollendeten Schuldübernahme präsentiert sich die Erfüllungsübernahme anders, je nachdem sie einer Schuldübernahme nach O. R. oder Z. G. B. vorangeht. Dort ist ihr Vorhandensein ohne irgend eine Bedeutung; der Schuldner wird als für die Schuldübernahme überflüssig betrachtet, Übernehmer und Gläubiger sind diejenigen, die die notwendigen Rechtswirkungen veranlassen können.

Hier ist das Verhältnis ein ganz verschiedenes. Wird der zwischen Übernehmer und Schuldner geschlossenen Übernahme die Genehmigung des Gläubigers versagt, so kann der Vertrag gleichwohl noch die Wirkungen der Erfüllungsübernahme haben, d. h. der Übernehmer haftet dem Schuldner für rechtzeitige Befreiung dem Gläubiger gegenüber. Im Zusammenhang mit der schuldvertraglichen Übernahme kann man also sowohl von der Erfüllungsübernahme als von einem eventuellen Bestandteil des ganzen Vertrages überhaupt sprechen; denn auch wenn die Genehmigung des Gläubigers nicht eingeholt wird, kann man gleichwohl diesem unvollkommen gebliebenen Schuldübernahmevertrag die Bedeutung der Erfüllungsübernahme zumessen.

b) Der prinzipielle Unterschied zwischen schuldnervertraglicher und gläubigervertraglicher Übernahme liegt darin, daß das Hauptgewicht von den Verhandlungen zwischen Übernehmer und Schuldner auf die Verhandlungen zwischen Gläubiger und Übernehmer verlegt worden ist. Wir haben schon einmal darauf hingewiesen, daß Blume unbedingt zu weit gegangen ist, wenn er die schuldnervertragliche Übernahme überhaupt ausschalten wolle. Es kann doch nicht immer und ausschließlich das Prinzip der Vereinfachung maßgebend sein, besonders im Hinblick darauf, daß unseres Erachtens für ein großes Gebiet, das Grundpfandrecht, eine zweigliedrige Schuldübernahme von zwingender Notwendigkeit ist. Allen Anforderungen des praktischen Lebens wird allein ein Mittelweg gerecht, der beiden Konstruktionen ihre konsequente Auswirkung erlaubt.

Das übrigens die Vertragstheorie selbst den Schuldner immer und immer wieder in das Vertragsverhältnis hineinnimmt, zeigt schon der 2. Absatz des Art. 175. „Der Antrag des Übernehmers kann dadurch erfolgen, daß er, oder mit seiner Ermächtigung der bisherige Schuldner[1]), dem Gläubiger von der Übernahme der Schuld Mitteilung machen."

Die Fassung dieses Artikels ist ganz dazu angetan, die Vermutung aufkommen zu lassen, daß der Übernehmer nicht direkt mit dem Gläubiger in Verkehr tritt, sondern daß entweder Übernehmer oder Schuldner dem Gläubiger eine Offerte machen, die dieser wiederum nicht ohne weiteres anzunehmen braucht, sondern sich darauf beschränken kann, seine Annahme aus den Umständen heraus vermuten zu lassen. Die vorgesehene Mitwirkung des Schuldners aber bedeutet einen Schritt nach der Theorie der Kollektivofferte hin, welche auf dem Standpunkt steht, daß auf die Person des Schuldners bei der Schuldübernahme nicht verzichtet werden könne.

---

[1]) O. R. Art. 175, 2.

Gürgens, der erste Verfechter der Genehmigungstheorie, und Blume, sein Gegner, begründen ihre Stellungnahme zu der Frage der notwendigen Mitwirkung wie folgt:[1])

„Die Schuldübertragung geschieht durch Willenseinigung zwischen Schuldner und Übernehmer, dieser Vertrag ist die Schuldübernahme. Damit bestimmt sich auch die Art, wie die Mitwirkung des Gläubigers zu geschehen hat; sie kann nur erfolgen als Zustimmung zu diesem fertigen durch Schuldner und Übernehmer abgeschlossenen Vertrag. Die Behauptung, daß ein Rechtsgeschäft zwischen Übernehmer und Gläubiger nötig sei, ist falsch. Ein solches wäre überflüssig und es wäre nur dann zu fordern, wenn der Gläubiger durch die Übernahme ein neues Forderungsrecht erwerben würde. Da dies aber nicht der Fall ist, liegt der juristische Grund für die Übernahme stets in dem Verhältnis zwischen Schuldner und Übernehmer, denn auch der ökonomische Effekt des ganzen Geschäfts trifft hauptsächlich diese beiden."

Blume:[2]) „Wenn man aber einig ist, daß die Mitwirkung des Gläubigers und des neuen Schuldners zur Durchführung der Sondernachfolge in die Schuld unbedingt erforderlich ist, die Mitwirkung des Schuldners aber dabei entbehrt werden kann, so ist ein Sondernachfolgvertrag, in welchem dem Gläubiger eine Hauptrolle zugewiesen wird, eine ungesunde Rechtsbildung, und muß über Bord geworfen werden. Die befreiende Schuldübertragung kann nur auf den Vertrag zwischen Gläubiger und Urschuldner gestellt werden."

Weder Gürgens noch Blume kann ohne Einschränkung zugestanden werden, die Lösung gefunden zu haben, die jeder Eventualität des täglichen Lebens gerecht wird. Es ist wohl möglich, daß Übernehmer und Schuldner einen der Expromissio ähnlichen Vertrag auf Befreiung des alten Schuldners schließen; auch können Schuldner und Übernehmer derart eine Schuldübernahme vereinbaren, daß zu deren Wirksamkeit nur noch die Zustimmung des Gläubigers nötig ist. Dabei möchten wir noch bemerken, daß Hasler[3]) nicht beigepflichtet werden kann, wenn er auf der einen Seite behauptet, die Anhänger der Genehmigungstheorie hätten die Mitwirkung des Gläubigers nur als notwendiges Übel in Kauf genommen und auf der andern Seite dann wieder hervorhebt, daß vom Willen des Gläubigers alles abhänge und in seinem Handeln das entscheidende Moment liege. Weder das eine noch das andere entspricht völlig den Tatsachen. Weder haben sich nämlich die Anhänger der Genehmigungstheorie je dahin ausgesprochen, daß die Person des Gläubigers überhaupt ausgeschlossen werden könne, noch stimmt es, daß bei der Vertragstheorie das Verhalten des Gläubigers von größerer Bedeutung für das Zustandekommen der Schuldübernahme sei, als z. B. das des Übernehmers. Eine objektive Anschauungsweise führt ohne weiteres zu diesem Urteil.

---

[1]) Gürgens, J. F. D. Bd. 8, S. 261 ff.
[2]) Blume, Novotion S. 118.
[3]) Hasler, S. 39.

c) Im Folgenden soll von der Annahmeerklärung des Gläubigers die Rede sein, und speziell für die schuldnervertragliche Schuldübernahme die Regelung berücksichtigt werden, wie sie das Z. G. B. verlangt.

Art. 176, 3 O. R. sagt: „Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen hervorgehen und wird vermutet, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung annimmt oder einer andern schuldnerischen Handlung zustimmt."

Für das System der Schuldübernahme, wie es dem O. R. zugrunde liegt, ist diese Vorschrift ohne weiteres klar. Sie entspicht der Struktur der Vertragstheorie und ist im übrigen gesetzlich eindeutig festgelegt.

Wie aber ist es im Z. G. B. um diese stillschweigende Annahmeerklärung bestellt? Die Hauptvertreter der Genehmigungstheorie bestreiten bestimmt, daß Abschlagszahlungen, die ohne Vorbehalt von seiten des Gläubigers angenommen werden, einen Schluß auf die Genehmigung des Gläubigers gestatten können. Wir führen nur Gürgens an.[1]) „Nicht leicht wird man in dem Umstand, daß der Gläubiger Abschlags- und Zinszahlungen vom Übernehmer empfängt, eine Zustimmung seinerseits zu der Übernahme erblicken können, da für den Fall, daß der Übernehmer zugleich Inhaber der die übernommene Schuld sichernden Hypothek ist (ein Fall der gerade am häufigsten vorkommt), der Gläubiger dabei leicht von der Annahme geleitet sein kann, daß der Übernehmer zahle, um sich die Hypothek zu erhalten; in jedem Fall er aber den zahlenden Übernehmer für den Mandatar oder negotorium gestor des Schuldners gehalten haben kann."

Viele bernische Notariate und Banken können sich den Zins- und Abschlagszahlungen des Übernehmers im Grundpfandverkehr gegenüber nicht vorsichtig genug benehmen. Nicht nur, daß sie jeder Annahme einen ausdrücklichen Vorbehalt anschließen, sondern es wird sogar den Klienten verboten, überhaupt mit dem Übernehmer in Verkehr zu treten, um ja nicht zu riskieren, daß man plötzlich den Übernehmer durch irgend eine unvorsichtige Handlung angenommen habe, was mit einer Befreiung des Urschuldners verbunden wäre.[2]) Kann ein solcher Zustand gewollt sein?

Im Sinne der Genehmigungstheorie darf ruhig mit nein geantwortet werden und zwar aus folgendem Grunde:

Der Art. 832, 2 Z. G. B. sagt, daß der Gläubiger binnen Jahresfrist über die Verwerfung des Unternehmers sich äußern müsse, wenn er nicht diesen als Schuldner annehmen will. Wir haben weiter oben

---

[1]) Gürgens, J. F. D. VIII. S. 277. Im gleichen Sinn Unger, Schuldübernahme Wien, 1889, S. 13.

[2]) Der radikalste Weg wird von demjenigen Gläubiger beschritten, der den Art 832 Z. G. B. überhaupt ausschaltet und in den Veräußerungsverträgen noch kumulative Schuldübernahme des Veräußerers und Übernehmers verlangt. Der Passus im Titel oder Pfandvertrag lautet dann gewöhnlich so, daß der Veräußerer sich verpflichten muß, auf seine Befreiung nach Ablauf der Jahresfrist, die Art. 834 vorsieht, zu verzichten, um auf unbeschränkte Zeit solidarisch mit dem Erwerber weiter zu haften.

gesehen, aus welchen Gründen dem Gläubiger gerade ein Jahr eingeräumt worden ist. Man mag darüber streiten, ob diese Jahresfrist zu lang sei oder nicht, eines steht fest, daß dem Gläubiger Zeit gelassen werden soll, sich eingehend über den Ü. zu erkundigen. Wenn nun ein Übernehmer ein Jahr lang seine Zinsen und Amortisationsquoten regelmäßig und vorbehaltlos bezahlt, so wird dadurch dem Gläubiger die Qualität des Übernehmers besser ad oculos demonstriert, als wenn alle möglichen Kautelen angewendet werden, die jede glatte Abwicklung verhindern und dazu eine ungesunde Unsicherheit während des ganzen Jahres bestehen lassen. Es soll während dieser Entscheidungsfrist die Entschließung des Gläubigers durch gar keine Machinationen beschleunigt werden können, und es scheint uns am besten und ist nach der Genehmigungstheorie in jeder Hinsicht begründet, wenn wir der Vermutung der Annahmeerklärung diejenige Regelung wünschen, wie sie Unger in einwandfreier Weise gegeben hat. Er sagt:[1])

Die Zustimmung kann vorher, gleichzeitig oder nachträglich, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Genehmigung liegt aber weder in der bloßen Kenntnisnahme von der zwischen Verkäufer und dem Käufer vereinbarten Schuldübernahme, noch in der Entgegennahme einer vom Käufer (zur Vermeidung der Realexecution) geleisteten Zahlung von Zinsen oder Teilschuldbeträgen, noch in der Kündigung an denselben, noch in der Anstellung der Hypothekarklage, wohl aber in der Anstellung der persönlichen Klage gegen ihn."

Wir haben diesem Satz nichts beizufügen, behalten uns aber vor, seine Konsequenzen als Leitsätze im praktischen Teil zu verwenden.

d) „Die Annahme durch den Gläubiger kann jederzeit erfolgen, der Übernehmer wie der bisherige Schuldner können jedoch dem Gläubiger für die Annahme eine Frist setzen, nach deren Ablauf die Annahme bei Stillschweigen des Gläubigers als verweigert gilt."[2]) Das O. R. steht nicht ganz eindeutig auf dem Boden der Vertragstheorie. Wie käme es sonst dazu, dem Schuldner ein Fristansetzungsrecht einzuräumen, das vollständig unabhängig ist von einer Ermächtigung durch den Übernehmer. Oser[3]) bezeichnet diese Stellung des Schuldners als notwendig, weil dieser an der Lösung der Schwebe ein großes Interesse habe. Dem Unternehmer gegenüber aber steht das Fristansetzungsrecht des Schuldners nur auf sehr schwachen Füßen. Gehen die beiden nämlich nicht gemeinsam vor, so muß sich die vom Schuldner gesetzte Frist vollständig nach derjenigen des Übernehmers richten. Es fehlt zwar nicht an Stimmen, die der Frist des Schuldners[4]),

---

[1]) Unger, a. a. O., S. 13.
[2]) O. R. Art. 177, 1.
[3]) Oser, Komm. O. R. Art. 177, Bem 2b.
[4]) Fick, Note 1, Komm. Art. 177.

wenn sie die kürzere ist, den Vorzug geben wollen, was sich jedoch mit der Vertragstheorie nicht verträgt.

Im Z. G. B. kann unseres Erachtens eine Fristsetzung überhaupt nicht stattfinden. Die Jahresfrist, die dem Gläubiger von Gesetzes wegen zuerkannt ist, soll nicht durch Parteivereinbarung herabgesetzt werden können, besonders darum nicht, weil durch eine Fristsetzung, auf die der Gläubiger nicht antwortet, ein Auseinanderfallen von persönlicher und dinglicher Haftung begünstigt wird; das aber würde den Absichten sowohl der Parteien als des Gesetzes direkt zuwider laufen.

Noch weiter von der Vertragstheorie entfernt sich die Regelung des Rücktrittsrechtes mutuo dissensu von Übernehmer und Schuldner, wie sie Leemann und Oser vorschlagen. Es können nämlich der am Schuldübertragungsakt überhaupt nicht beteiligte Schuldner und der Übernehmer von der internen Übernahme zurücktreten, nach Oser[1]) sogar, wenn sie dem Gläubiger zur Annahme eine Frist gesetzt haben. Für die Vertragstheorie bedeutet diese Annahme einen Bruch mit den Regeln des Offertenrechtes der Art. 5—8 des O. R.

Wie verhält es sich mit dieser Frage in bezug auf die Genehmigungstheorie? Gürgens sagt dazu:[2])

„Die Übernahme ist durch die Zustimmung des Gläubigers bedingt und wirkt deshalb zwischen Übernehmer und Schuldner vor der Einwilligung wie eine Vermögenszuwendung während schwebender Bedingung. Sie kann daher durch eine einseitige Disposition seitens des Übernehmers nicht rückgängig gemacht werden. Und nach starrer Rechtskonsequenz müßte auch ihr vereinter Wille ohne hinzutretende Zustimmung des Gläubigers sie nicht wieder aufheben können, da man sie vor Einwilligung des Gläubigers auch schon für eine bedingte Umgestaltung des Rechts des Gläubigers ansehen müßte. Eine nähere Bedeutung einer solchen Zustimmung des Gläubigers (zur Wiederaufhebung der Übernahme) zwingt uns aber, von dieser Konsequenz abzusehen und die Übernahme vor der erfolgten Einwilligung des Gläubigers in dieselbe schon durch den vereinten Willen des Schuldners und Übernehmers für widerrufbar gelten zu lassen. Wir werden nämlich folgendermaßen argumentieren müssen: Solange der Gläubiger der Übernahme noch nicht zugestimmt, ist als sein Wille anzusehen, daß der Schuldner sein Schuldner bleibt, die Rückgängigmachung der Übernahme beläßt aber dem Gläubiger seinen alten Schuldner, sie ist daher auch seinem Willen gemäß und eine besondere Zustimmung seinerseits zu ihr unnötig."

Es muß ohne weiteres zugegeben werden, daß durch diese Anschauungsweise dem absoluten Recht ein Zwang angetan wird. Immerhin handelt es sich nur um die Genehmigung eines zwischen zwei andern Subjekten geschlossenen Vertrages, und die zugelassene Rück-

---

[1]) Oser, a. a. O., Bem 3.
[2]) Gürgens, a. a. O., S. 293.

gängigmachung der internen Übernahme verletzt die Grundsätze des Offertenrechtes weniger, als die Art und Weise, wie die Komentatoren den Absatz 1 des Art. 177 O.R. interpretieren.

Mit dem oben Gesagten haben wir für die Konstruktion der Schuldübernahme im Z.G.B. den neuen Satz gewonnen, daß einmal dem Gläubiger zur Annahme von den Parteien keine Frist gesetzt werden kann, und zweitens mutuo dissensu bis zur Annahme Übernehmer und Schuldner ihre Schuldübernahme wieder rückgängig machen können.

e) Nebenrechte und Einreden.

Die Theorie hat sich jahrelang darüber gestritten, in welchem Maße Einreden und Nebenrechte auf den neuen Schuldner übergehen sollen, resp. was für Privilegien der Gläubiger auch dem neuen Schuldner gegenüber haben soll. Der Gesetzgeber hat gesprochen und hat die Grenze genau gezogen.

Man kann ohne Schaden für die Genehmigungstheorie die Vorschriften der Art. 177 und 178 O.R. auch auf sie anwenden. Wir werden im speziellen Teil näher darauf eintreten.

Es gilt hier nicht zu prüfen, ob die Genehmigungstheorie die wünschbare Konsequenz ihrer Konstruktion auch auf das Gebiet der Einreden erstrecke.

Man hat der Genehmigungstheorie vorgeworfen, sie habe ihre Konstruktion im entscheidenden Moment verleugnet, nämlich in der Frage der aus dem Verhältnis zwischen Übernehmer und Schuldner hervorgehenden Einreden. Man hat gesagt, der Schudübernahmevertrag sei ein integrierender Bestandteil eines zugrunde liegenden Vertrages und es können deshalb Schuldner und Übernehmer nicht darauf verzichten, die Schuldübernahme im engsten Zusammenschluß mit dem Grundgeschäft zu behalten, oder mit andern Worten Mängel im Grundgeschäft müßten sich auch in der Schuldübernahme auswirken. Es sind praktische Rücksichten, die diese Konsequenz der Genehmigungstheorie nicht ziehen ließen, allen voran die Rücksicht auf den Gläubiger, dem nicht zugemutet werden kann, sich Einreden aus Verhältnissen entgegenhalten zu lassen, mit denen seine Person auch nicht in losestem Zusammenhang steht.

Wir wiederholen, Art. 178 und 179 O.R. können ohne Bedenken auf die Schuldübernahme im Grundpfandrecht angewendet werden.

Damit sind die prinzipiellen Punkte, die zu Divergenzen zwischen den zwei Systemen geführt haben, gekennzeichnet. Es bleiben die Art. 832—834 Z.G.B. nach allen Richtungen unter möglichster Anlehnung an das Obligationsrecht der Genehmigungstheorie anzupassen. Dies wird die Aufgabe des zweiten Teiles sein.

II. Teil.

III. Kapitel.

Die Ausgestaltung und Wirkung der schuldnervertraglichen Schuldübernahme im Z. G. B.

§ 8. Der Veräußerungsvertrag.

I. Die Gült.

Die Gült nimmt in bezug auf die Veräußerung ihres Unterpfandes im Grundpfandrecht eine besondere Stellung ein. Veräußerer und Erwerber des Grundstückes kommen nie in die Lage, über die Verteilung von dinglicher und persönlicher Schuld zu disponieren. Die Gült ist so eng mit dem Grundstück verknüpft, daß der jeweilige Grundeigentümer von seiner persönlichen Schuldpflicht nur dann etwas zu spüren bekommt, wenn er für Zinse, die mehr als drei Jahre zurückliegen, mit seinem übrigen Vermögen aufzukommen hat.

Wird ein mit einer Gült behaftetes Grundstück veräußert, so wird der Erwerber ohne jeden Übernahmevertrag Gültschuldner. Er ist verantwortlich für richtige Zinszahlung und ist befugt alle Handlungen vorzunehmen, die kraft Gesetzes dem Gültschuldner zukommen.

In bezug auf den Ablösungsbetrag wird meistens die gleiche Regelung betroffen, wie bei Schuldbrief und Grundpfandverschreibung, es wird nämlich der Ablösungsbetrag am Kaufpreis in Abzug gebracht. Tritt diese Abmachung nicht ein, so ist der Erwerber, wenn er für den Ablösungsbetrag aufgekommen ist, regreßberechtigt gegenüber dem Veräußerer nach Art. 196 O. R.

Dieser hat den Schaden zu ersetzen, der dem Erwerber durch die teilweise Entwehrung entstanden ist. Würde der Veräußerer geltend machen, er habe für diese dingliche Last nicht einzustehen, da er mit dem Eigentumsübergang jeder Verpflichtung ledig geworden sei, so ständen dem Erwerber immer noch der Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder sogar Schadenersatzansprüche aus Art. 41 O. R. zur Verfügung.

Rechtlich und in bezug auf die Schuldübernahme stellt sich die Veräußerung eines mit einer Gült belasteten Grundstückes, wenn wir das oben über die Gült Gesagte berücksichtigen, wie folgt dar:

Eine persönliche Haftung statuiert die Gült allerdings nicht, und man ist versucht, auch eine persönliche Schuld zu verneinen. Die Haftung wird durch das Grundstück genau begrenzt; aber die Pflicht mit dem Grundstück zu haften, eben die Schuldpflicht, ist das primäre und sie geht über die dingliche Haftung hinaus. Auf alle Fälle kann eine reine Sachhaftung eine persönliche Schuldpflicht nicht ausschließen. Der Umstand, daß diese Schuldpflicht nur in Ausnahmefällen aktuell wird, kann nicht ohne weiteres deren Abwesenheit beweisen. Wenn aber eine persönliche Schuldpflicht des Gültschuldners bejaht wird, so ist damit für die Veräußerung eines mit einer Gült belasteten Grundstückes der Fall der gesetzlichen privativen Schuldübernahme gegeben. Es ist allerdings eine Schuldübernahme in nur beschränktem Umfang, nämlich nur soweit, als bei einer Gült von einer Schuldpflicht überhaupt gesprochen werden kann. Wie aber festgestellt worden ist, muß die Pflicht mit dem Grundstück zu haften, als die persönliche Schuldpflicht angesehen werden; nur soweit als diese Schuldpflicht reicht, kann eine Schuldübernahme Platz greifen und zwar eben die notwendige privative Schuldübernahme. Dieses Ergebnis verdient festgehalten zu werden.

Es wird hier die Absicht des Gesetzes, daß dingliche und persönliche Schuld bei einer Handänderung möglichst wenig auseinanderfallen, direkt zur gesetzlichen Vorschrift. Die Sachhaftung ist bei der Gült in solchem Maße in den Vordergrund gerückt, daß dem Gläubiger von Gesetzes wegen zugemutet werden kann, auf seinen frühern Schuldner ohne weiteres zu verzichten. Unrecht geschieht dem Gläubiger in keiner Weise, da ja für die Gült eine niedere Belastungsgrenze aufgestellt ist, und er deshalb für seine Forderung mit dem neuen Schuldner auch nicht das geringste Risiko übernimmt. Es bedarf im Veräußerungsvertrag keiner vertraglichen Schuldübernahme des Erwerbers, ebenso wenig besteht natürlich eine Mitteilungspflicht des Grundbuchführers. Der neue Eigentümer ist verantwortlich für Zinszahlung und Erfüllung aller ihm zukommenden Obliegenheiten und zwar tritt diese Wirkung ipso iure vom Tage des Vertragsschlusses und dessen grundbuchlicher Behandlung an ein.

Es wird sich noch weiter Gelegenheit bieten festzustellen, daß eine persönliche Schuldpflicht des Gültschuldners nicht von der Hand gewiesen werden darf.

II. Schuldbrief und Grundpfandverschreibung.

Das Anwendungsgebiet der Art. 832 und 834 erstreckt sich nur auf Schuldbrief und Grundpfandverschreibung. Es muß zum Voraus gesagt werden, daß aber die Praxis mit größerer Vielgestaltigkeit die Veräußerung und die damit verbundene Schuldübernahme behandelt hat, als das Gesetz je voraussehen konnte.

1. A. verkauft dem B. ein Grundstück, das mit mehreren Grundpfandrechten belastet ist. Es wird aber im Kaufvertrag über den Überbund der Lasten nichts gesagt. An diesen Zustand knüpft das Gesetz weder irgendwelche Konsequenzen noch auch nur eine Vermutung. Die Haftungsverhältnisse bleiben dieselben. Die Gläubiger haben immer als Sicherheit sowohl das Grundstück, obwohl es seinen Eigentümer gewechselt hat, als auch ihren persönlichen Schuldner, d. h. ihren ursprünglichen Gegenkontrahenten. Diese Lage der Dinge ist höchst einfach und gibt zu keinen weiteren Erörterungen Anlaß. Es bleibt einzig zu sagen, daß es für die Einfachheit der gegenseitigen Verhältnisse nicht wünschbar ist, daß dingliche und persönliche Haftung von zwei verschiedenen Subjekten getragen werden müssen, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde nicht, weil z. B. bei der Grundpfandverschreibung trotz überwiegender Betonung der persönlichen Note, bei der betreibungsrechtlichen Liquidation zuerst das Grundpfand realisiert wird. Das stellt aber dem Übernehmer gegenüber, der den vollen Kaufpreis bezahlt hat, eine Ungerechtigkeit dar. Es muß gesagt werden, daß in der Praxis diese Lösung höchst selten gewählt wird. Wenn aber über die Überbindung der auf dem Grundstück haftenden Pfandrechte nichts gesagt wird, so heißt das in den meisten Fällen, daß der Veräußerer zur sofortigen Tilgung der Pfandrechte verpflichtet ist, was übrigens auch aus dem Kaufvertrag ohne weiteres ersichtlich ist.

Es gibt Banken z. B. im Kanton Bern, die grundsätzlich als Gläubigerin nie den Übernehmer als neuen Schuldner annehmen, ohne vorher dem Urschuldner das Verhältnis gekündigt zu haben. Sie ziehen es vor, ganz reinen Tisch zu machen, um nicht etwa mit der Genehmigungsfiktion des Art. 834 in Konflikt zu geraten. Trotzdem dieses Vorgehen in den seltensten Fällen im Willen der Kaufparteien liegt, hat der Gläubiger dennoch das Recht, diesen Ausweg zu wählen. Einer raschen Einbürgerung der Schuldübernahme dient diese Regelung nicht; sie ist geeignet, die Ansicht aufkommen zu lassen, daß in Schulden eine Singularsukzession überhaupt nicht möglich sei.

2. Es kommt häufig vor, daß im Moment des Kaufabschlusses über die auf dem Grundstück haftenden Schulden nichts gesagt wird, daß aber der Veräußerer und Erwerber nachträglich noch eine Schuldübernahme vereinbaren. In diesem Falle ist den Parteien in bezug auf die Wahl der Konstruktion der Schuldübernahme weitester Spielraum gelassen.

a) Wie schon gesagt worden ist, steht einer gläubigervertraglichen Übernahme solange nichts im Wege, als sich nicht der Grundbuchführer ex officio mit der Schuldübernahme zu befassen hat, weil sie im Kaufvertrag, der ihm zur grundbuchlichen Behandlung vorgelegt worden ist, einen wesentlichen Bestandteil bildet. Ist aber im Kaufvertrag überhaupt nichts über eine Schuldübernahme aufgeführt, so greifen die Vorschriften der Art. 832—834 nicht Platz, und die Parteien sind in ihrer Entschließung frei. Es kann deshalb der Vorgang wohl

so gedacht werden, daß nach einer internen Besprechung zwischen Veräußerer und Erwerber, — daß auch hier wie im O. R. die Schuldübernahme über den Kopf des Veräußerers hinweg geschlossen werden kann, möchten wir noch einmal des entschiedensten bestreiten — der letztere mit dem Gläubiger in Verbindung tritt und ihm eine Offerte zur externen Schuldübertrag stellt, deren Wirkungen ganz nach den Vorschriften des Obligationsrechtes zu beurteilen wären. Es bestehen absolut keine Schwierigkeiten, diese Art der Schuldübernahme hier zuzulassen, da weder die Regelung der Art. 832—834 dem entgegensteht, denn dieser Fall ist dort gar nicht vorgesehen, noch die Interessen der Gläubiger irgendwie gefährdet werden, denn der Eigentumsübergang ist im Grundbuch verurkundet und ein Zweifel in bezug auf die Schuldnerschaft für den Gläubiger ist nicht vorhanden. Dieser Schuldübernahmevertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung nicht, da er ein rein obligationenrechtlicher ist und mit dem Grundpfandrecht als dinglichem Recht nicht im Zusammenhang steht, denn die Frage der dinglichen Haftung ist im Kaufvertrag erledigt worden.

b) Die Annahme, daß die Parteien zur Erreichung ihres Zweckes den Weg der schuldnervertraglichen Übernahme wählen, muß leider für diesen Spezialfall abgelehnt werden und zwar mit Rücksicht auf den Umstand, daß das Z. G. B. für ihre Behandlung nicht die geringsten Anhaltspunkte bietet. Unser Zivilgesetzbuch hat die Person des Grundbuchverwalters eine wesentliche Rolle spielen lassen und an seine Äußerungen Wirkungen geknüpft, die man nicht über das Gesetz hinweg auch den Äußerungen der Parteien zulegen kann. Wir denken dabei an die Mitteilungspflicht des Grundbuchführers, die die Jahresfrist für die Genehmigung des Gläubigers in Lauf setzt. Es muß aber argumentum e contrario angenommen werden, daß durch eine Mitteilung der Parteien diese Frist nicht zu laufen beginnt. Mit dieser Frist steht und fällt die Genehmigungsfiktion des Art. 832, 2. Die Parteien wären vollständig auf die Vorschriften des O. R. angewiesen, die aber ihren Absichten, soweit sie auf eine schuldnervertragliche Übernahme gehen, keineswegs gerecht werden könnten.

Man möchte sagen, es gehe nicht an, daß man einerseits die Genehmigungstheorie anzunehmen geneigt sei, ja sogar ihre Wiedereinführung eifrigst befürworte, anderseits aber ihre Anwendung für diesen Fall, der doch immerhin in der Praxis vorkommen könnte, ablehnen müsse. Dieser Vorwurf könnte aber höchstens diejenigen treffen, die es bei der Revision des O. R. unterlassen haben, die Konstruktion der Schuldübernahme im Z. G. B. derart zu ändern, daß über ihre Zugehörigkeit nicht mehr gezweifelt werden kann. Daß das aber durch Art. 183 O. R. nicht geschehen ist — und in dieser Art auch nicht geschehen konnte — haben wir schon oben gesagt.

Es bliebe allerdings der Ausweg, zur Regelung der genehmigungstheoretischen Schuldübernahme auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu verweisen, wo die Genehmigungstheorie konsequent durchgeführt ist. Wir halten aber dafür, nicht weil allgemein von der Anwendung

fremden Rechts zurückzuschrecken wäre — Art. 1 Z. G. B. faßt diesen Ausweg sogar ins Auge — sondern weil wir für die übliche Schuldübernahme nach Art. 832, 2 mit den Vorschriften des Z. G. B. und des O. R. auskommen, daß für diesen Spezialfall eine besondere Regelung nicht gesucht werden soll. Denn erstens handelt es sich, wie schon gesagt, um einen selten vorkommenden Fall, und zweitens ist in der gläubigervertraglichen Übernahme ein Ersatz gegeben, der, da es sich um eine rein obligatorische Frage handelt, vollwertig in die Lücke treten kann.

c) Regelmäßig wird bei Verkauf eines Grundstückes auch über die darauf befindlichen Grundpfandrechte verhandelt. Die Notare nehmen in die Kaufverträge in der Regel folgenden Passus auf:

z. B. der Kaufpreis beträgt Fr. X.

Auf Rechnung dieses Kaufpreises übernimmt der Käufer zur titelsgemäßen Verzinsung und Abzahlung:

a) Pfandposten Ziff. 1, mit Fr. Z.

b) Pfandposten Ziff. 2, mit Fr. Y.

Diese Abfassung würde vom Standpunkt der Vertragstheorie aus genügen. Sie ist aber geeignet, all die Schwierigkeiten aufkommen zu lassen, die bei konsequenter Auffassung der Genehmigungstheorie vermieden werden können. Es sei nur an die immer wieder vorkommenden Vorbehalte bei Zinszahlungen und an das Fristansetzungsrecht des Art. 177 O. R. erinnert. Das Vorgehen nach der Vertragstheorie ist in den Fällen, wo über den Überbund wie im angeführten Beispiel paktiert wird, vollständig gerechtfertigt; denn durch die Übernahme einer bloßen Abzahlungs- und Zinszahlungspflicht ist die Schuld als solche noch nicht übernommen, der Gläubiger hat noch nicht zwei Schuldner.

Aus diesem Grunde ist es darum zu begrüßen, wenn die Notare in die Kaufverträge folgende Überbundsklausel aufnehmen:

z. B. der Kaufpreis beträgt Fr. X.

In Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt Q alle auf dem Grundstück liegenden Pfandschulden und erkennt ausdrücklich seine Schuldpflicht an. Er verpflichtet sich zur titelsgemäßen Verzinsung und Abzahlung.

Damit ist den Anforderungen der Genehmigungstheorie genügt und die Schuldübernahme ist geeignet, alle ihr gesetzlich zukommenden Wirkungen zu äußern.

d) Art. 832—834 treten nicht nur bei Kauf in Anwendung. Jedes andere Rechtsgeschäft, das auf Übertragung von Eigentum an Grundstücken geht, beurteilt sich nach den Regeln der Schuldübernahme im Z. G. B.

§ 9. Der Grundbuchverwalter.

Vom verurkundenden Notar werden die durch den Kaufvertrag eingetretenen Änderungen zum Eintrag ins Grundbuch angemeldet. Sobald im Vertrag über die auf dem Grundstück lastenden Schulden

gesprochen wird, erweitern sich die Pflichten des Grundbuchbeamten von Gesetzes wegen um die Mitteilungspflicht der Schuldübernahme an die Gläubiger. Vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus betrachtet bietet die Person des Grundbuchführers zu keinen Schwierigkeiten Anlaß. Das Gesetz hat einfach den Pflichtnexus des Grundbuchverwalters nach dieser Richtung hin erweitert. Seine Handlungen im Rahmen des Art. 834 sind demnach nach kantonalem Beamtenrecht zu beurteilen, und er haftet für Amtspflichtverletzungen nach den Art. 955 ff. Dabei sei ausdrücklich auch auf die Verantwortlichkeit der Kantone für allen Schaden aus der Führung der Grundbücher aufmerksam gemacht.

Die Pflicht des Grundbuchverwalters geht nur so weit als das Gesetz vorschreibt, d. h. er hat dem Gläubiger von der Übernahme der Schuld Kenntnis zu geben. Vor allem aus kann man ihn nicht verpflichten, weder sich darum zu kümmern, ob der von den Parteien oder dem Gläubigerregister angegebene Gläubiger wirklich der wahre Gläubiger sei, noch ob bei den Parteien eine Schuldübernahme nach richtigen Regeln erfolgt sei und deshalb die Voraussetzungen für eine Genehmigung gegeben seien.[1]) Die reine Mitteilungspflicht bei gegebenen Voraussetzungen muß aber dem Grundbuchverwalter auferlegt werden, und es ist deshalb Leemann nicht zuzustimmen, wenn er sagt:[2]) „Ist die Mitteilung nicht an den wahren Gläubiger gelangt, hat aber der Grundbuchverwalter durch diese Mitteilung gleichwohl seiner Anzeigepflicht genügt, so ist er auf Verlangen der Veräußerungsparteien berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Anzeige nachträglich an den wirklichen Gläubiger zu erlassen.“ Wenn auch oben gesagt worden ist, daß der Grundbuchführer nicht verpflichtet werden könne, nach dem wahren Gläubiger zu fahnden, so muß doch anderseits gesagt werden, daß seine Mitteilungspflicht nicht durch einmalige Vornahme als erfüllt betrachtet werden kann. Das Gesetz schreibt eine Mitteilung an den Gläubiger vor und versteht darunter sicherlich den wahren. Wenn deshalb die Parteien nach einer einmaligen aber fruchtlosen Mitteilung an einen falschen Gläubiger zum zweiten Male mit dem begründeten Begehren und den nötigen Angaben den Grundbuchführer um nochmalige Mitteilung an-

---

[1]) Das kann umso eher angenommen werden, als die Verfasser von Kaufverträgen in der Schweiz rechtskundige Notare sind.

Anderer Meinung Strohal, Schuldübernahme, Jena 1910, S. 242 Bem. 283. Er schreibt: „Was speziell den Art. 834 Z. G. B. betrifft, so scheint er so verstanden werden zu müssen, daß der Grundbuchverwalter dem Gläubiger von der erfolgten Schuldübernahme Kenntnis nur zu geben hat, nachdem er durch Prüfung der ihm vorgelegten Urkunden und nach Vornahme der etwa erforderlichen Erhebungen die Überzeugung gewonnen, daß Schuldübernahme im technischen Sinne wirklich gewollt sei, und daß auch die Voraussetzungen bereits vorhanden seien, unter welchen die Haftung des Übernehmers gegenüber dem Gläubiger zur Wirksamkeit gelangen solle. Für deutsche Verhältnisse würde ein derartiges patriarchalisches Verfahren jedenfalls untunlich sein.“

[2]) Leemann, a. a. O., S. 893.

gehen, so scheint dessen Verpflichtung hierzu ohne weiteres aus dem Gesetz abgeleitet werden zu können. Zur Unterstützung dieser Ansicht sei beigefügt, daß die Parteien nicht in der Lage sind, ihrer Mitteilung die Wirkung beizulegen, „daß damit die einjährige Deliberationsfrist des Art. 834, 2 zu laufen begänne, und das Schweigen des Gläubigers während dieser Frist als Annnahme des Vertragsantrages ausgelegt würde; diese Wirkung kommt nur der Mitteilung des Grundbuchverwalters zu.“ [1])

Es soll unseres Erachtens die Mitteilungspflicht des Grundbuchverwalters überall da statuiert werden, wo es der Wille des Gesetzes ist; das aber ist sicher dort der Fall, wo die Voraussetzungen des Art. 834 ausnahmslos vorhanden sind. Wollte man sich dafür entscheiden, daß nur eine einmalige Pflicht des Grundbuchführers bestehen solle, so wären die Parteien auf das O. R. verwiesen und es würde das Fristansetzungsrecht des Art. 177 O. R. im Grundpfandrecht wieder Eingang finden, was einem Auseinanderfallen von persönlicher und dinglicher Haftung sehr günstig wäre, da das Schweigen des Gläubigers innerhalb der gesetzten Frist einer Verweigerung der Genehmigung gleich kommt.

Viel schwieriger gestaltet sich die Frage, wie man die Person des Grundbuchverwalters konstruktiv in ein System der Schuldübernahme hineinbringen kann.

Hasler[2]), auf dem Boden der Vertragstheorie stehend, argumentiert folgendermaßen:

„Das einfache Mittel, — nämlich den Übernehmer zum Eintritt in das Schuldverhältnis zu „zwingen“ — um das zu bewirken, ist dadurch gegeben, daß dem Grundbuchverwalter die Pflicht auferlegt ist, von der Übernahme der Schuld durch den Erwerber dem Gläubiger Kenntnis zu geben, und auf Grund dieser Mitteilung kann der Gläubiger den Schuldnerwechsel annehmen. Diese Reglung liegt in erster Linie im Interesse des Urschuldners; sie ist aber auch für den Gläubiger von einem gewissen Vorteil. Denn dieser wird auf Grund der getroffenen Ordnung einwandfrei von der erfolgten Grundstückveräußerung benachrichtigt und damit der Mühe enthoben, sich selbst davon zu überzeugen.

Als was haben wir juristisch diese Pflicht des Grundbuchverwalters, dem Gläubiger von der Schuldübernahme Kenntnis zu geben, aufzufassen? Das Kenntnisgeben durch den Grundbuchverwalter ist eine Offerte zur Schuldübertragung an den Gläubiger. Auch bei der Hypothekenübernahme kann der Schuldnerwechsel nur durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger erfolgen; an Stelle des Übernehmers kann aber auch sein vertraglich oder gesetzlich ermächtigter Vertreter handeln. Der Grundbuchverwalter ist der zur Stellung einer Schuldübertragungsofferte gesetzlich ermächtigte Stellvertreter des Über-

---

[1]) Leemann, a. a. O., S. 893.
[2]) Hasler, a. a. O., S. 119ff.

nehmers. Es hat nicht nur neben, sondern an Stelle des letzteren zu handeln."

Auch Leemann sagt in ähnlicher Weise:[1]) „Die Mitteilung der internen Schuldübernahme an den Gläubiger hat durch den Grundbuchverwalter zu erfolgen; sie enthält die Offerte zum Abschluß des eigentlichen externen Schuldübernahmevertrages. Der Grundbuchverwalter handelt in dieser Beziehung als gesetzlicher Vertreter des Übernehmers."

Weder kann es aber befriedigen, wenn Hasler den Grundbuchverwalter zum Stellvertreter dessen machen will, den er durch seine Mitteilung zum Eintritt in das Schuldverhältnis zwingen soll, noch scheint es erlaubt, daß sowohl Leemann als Hasler den Grundbuchverwalter den Übernehmer allein vertreten lassen, nur weil es Ihnen für ihre Konstruktion geeigneter erscheint.

Als was sieht die Genehmigungstheorie den Grundbuchverwalter an?

Ihre Konstruktion erlaubt eine ungezwungene Deutung. Schon im Moment der Vertragsschließung ist die Schuld auf den Übernehmer übergegangen, es existieren zwei Schuldner. Der Urschuldner braucht sich nicht im geringsten darum zu sorgen, daß ihm der Übernehmer dadurch, daß er mit der Offerte an den Gläubiger über Gebühr zögert, einen schlechten Streich spielen könnte,[2]) denn die Genehmigungstheorie kennt erstens keine Offerte und zweitens wäre im Fall ihrer Existenz zu deren Stellung sowohl der Urschuldner als der Übernehmer berechtigt.

Die Genehmigungstheorie will nach Abschluß des Vertrages zwischen Veräußerer und Erwerber und damit verbundener Schuldübernahme dem Gläubiger eine Mitteilung machen, damit er die Disposition über ein in seine Sphäre gehörendes Recht gutheißen oder ablehnen könne. „Es wird dem Gläubiger keine Rechtsofferte, sondern eine Rechtsänderung vorgeschlagen, die er, wenn sie ihm nachteilig erscheint, ablehnen kann."[3])

Die Mitteilung für diese Rechtsänderung geht von Schuldner und Übernehmer aus. Der Gesetzgeber hat aber für gut befunden, diese Mitteilung demjenigen aufzuerlegen, dessen Person dem Gläubiger am besten Gewähr bietet für den Eigentumsübergang des Grundstückes. Es wird dadurch in gleicher Weise vermieden, daß Schuldner und Übernehmer getrennt rechtsgültig Mitteilung machen und so in bezug auf den Fristenlauf eine Verwirrung anstellen können. Der Grundbuchführer ist also lediglich zum Schutze des Gläubigers in sein Amt des Mitteilungspflichtigen eingesetzt worden, um eine im Grundpfandrecht wünschbare Klarheit zu erzielen.

Es liegt nun wohl auf der Hand, den Grundbuchführer in diesem Sinne einfach als gesetzlichen Vertreter des Übernehmers und des

---

[1]) Leemann, a. a. O., S. 889.
[2]) Hasler, a a. O., S. 119.
[3]) Gierke, a. a. O., S. 222, Bem. 46.

Schuldners anzusehen und zwar als Vertreter, nur gerade für diese einzige eng umschriebene Funktion. Sobald eine Mitteilung den wahren Gläubiger errreicht hat, fällt seine Person sofort aus dem Nexus privatrechtlicher Beziehungen, in welche ihn der Gesetzgeber für einen kurzen Moment gestellt hat. An seine Mitteilung allein knüpft das Gesetz die Wirkung, daß die Jahresfrist zu laufen beginnt, und daß die Genehmigungsfiktion an den Ablauf dieser Frist geknüpft werden kann.

Es bleibt zu erwähnen, daß der Übernehmer, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen, die er über die Eigentumsübertragung hinaus gegenüber dem Übernehmer auf sich genommen hat, nicht nachgekommen ist, unter Vorlage der Forderungstitel die Sistierung der Mitteilung vom Grundbuchführer verlangen kann.

§ 10. Die Wirkungen.

1. Der Grundbuchverwalter teilt die im zugrunde liegenden Vertrag als integrierenden Bestandteil aufgeführte Schuldübernahme dem Gläubiger, den er aus dem Gläubigerregister ersehen hat, oder den ihm die Parteien angegeben haben, mit.[1]) Dieser Gläubiger hat aber seine Forderung schon vor Ankunft der Mitteilung zediert oder sonst auf eine Weise übertragen. Gemäß einem Entscheid des Bundesgerichtes[2]) kann aber eine von Schuldner und Übernehmer vereinbarte Übernahme nur durch den wahren Gläubiger genehmigt werden. Eine Nachforschungspflicht des Grundbuchverwalters besteht, wie oben gesagt worden ist, nicht. Es sind deshalb die Parteien, um dennoch eine Bestätigung des Überganges auch der persönlichen Schuld auf den Übernehmer in die Wege zu leiten, darauf angewiesen, den wahren Gläubiger zu ermitteln. Haben sie ihn gefunden, so können sie entweder mit ihm nach den Regeln der gläubigervertraglichen Übernahme den Vertrag über den Übergang schließen, oder aber sie können den Grundbuchverwalter die Übernahme an den wahren Gläubiger mitteilen lassen. Durch den genannten Ausweg sind die Parteien in die Lage gesetzt, der Vorteile der schuldnervertraglichen Übernahme teilhaftig zu werden.

Um eine möglichst einheitliche Praxis zu haben, wäre es sehr zu begrüßen, wenn die Ordnungsvorschrift des Art. 66 der Grundbuchverordnung zu einer lex perfecta werden könnte. Es wäre dadurch möglich, die Schuldübernahme restlos nach den Regeln der Genehmigungstheorie zu bestimmen, ein Zustand der umso erfreulicher wäre, als dadurch auf einen Schlag die Lage sich klären würde, die, solange zwei Systeme im Z. B. G. um die Herrschaft streiten, immer unklar sein wird. Die Genehmigungstheorie entspricht dem Wortlaut des

---

[1]) Die Anzeige erfolgt schriftlich nach einem eidgenössischen Formular.
[2]) B. G. E. 40 II, S. 591.

Gesetzes und wird den Zwecken des Grundpfandrechtes überhaupt gerecht, möge sich nun auch die Praxis auf ihre Seite stellen!

2. Dem Gläubiger, der Inhaber der Pfandordnung ist, stehen nach Empfang der Mitteilung über die Schuldübernahme drei Wege offen: Annahme, Verweigerung, Stillschweigen.

a) Annahme:

Mit der Annahme des Erwerbers wird der Schuldner ohne weiteres frei. Der Gläubiger hat sein Wahlrecht ausgeübt und verliert damit seinen bisherigen Schuldner. Die ausdrückliche Annahme kann sowohl gegenüber dem Schuldner als dem Übernehmer geäußert werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Annahme gerade gegenüber dem Übernehmer erklärt werden müßte. Übernehmer und Veräußerer sind beide gleich interessiert am Ausgang der Sache; sie wären auch beide zur Mitteilung an den Gläubiger legitimiert, wenn nicht die Person des Grundbuchverwalters hineingeschoben wäre. Daß eine beidseitige Mitteilungspflicht für die erfolgte Annahme besteht, entspricht einem Verhalten nach Treu und Glauben. Der Grundbuchverwalter ist zur Entgegennahme der Annahme nicht legitimiert. Seine Betätigung beschränkt sich auf eine einzige Funktion, die Mitteilung der Übernahme, und ist dadurch erschöpft.

Hat der Gläubiger seinerseits die Pfandforderung verpfändet oder besteht sonst ein dinglicher Anspruch eines Dritten daran, so hat der Gläubiger nicht das Recht ohne Befragung seines Pfandgläubigers der Übernahme die Genehmigung zu erteilen. Das ist sehr wichtig für das Folgende.

Es bleibt nämlich noch die Frage zu erörtern, ob der Gläubiger durch eine konkludente Handlung seine Annahme bezw. Genehmigung erteilen könne.

Leemann schreibt dazu:[1])

„Die Annahme wird vermutet, wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung (Zinse, Kapitalrenten,) annimmt, oder einer anderen schuldnerischen Zahlung zustimmt. Handlungen des Gläubigers gegenüber dem Übernehmer, wie Mahnung, Kündigung, Betreibung, Klageerhebung, bedeuten zwar keine Annahme, begründen aber die Vermutung, daß eine Annahme voraus gegangen sei. Diese Vermutung greift jedoch dann nicht Platz, wenn der Gläubiger den Übernehmer lediglich aus der dinglichen Haftung in Anspruch nimmt."

Nach dem Sinne des Gesetzes soll dem Gläubiger, wenn er es für nötig hält, ein Jahr Zeit gegeben werden, um sich für die Wahl seines künftigen Schuldners erklären zu können. Diese Jahresfrist mag als zu lang angesehen werden, das Gesetz hat sie jedoch aufgestellt und damit den Willen bekundet, den Gläubiger in dieser wichtigen Entscheidung nicht zu verkürzen. Solange der Gläubiger sich nicht dazu

[1]) Leemann, a. a. O., S. 875.

entschließt, ausdrücklich ja oder nein zu sagen, solange will er eben nicht disponieren. Es ist deshalb unbedingt für die Rechtssicherheit wenig förderlich wenn man dem Gläubiger zumutet, alle seine Handlungen und sein Verhalten dem Übernehmer gegenüber daraufhin zu prüfen, ob sie nicht eine Annahme bedeuten könnten. Vielmehr sollte die Jahresfrist dem Gläubiger belassen werden, um seinen neuen Schuldner genau kennen zu lernen. Die Gemehmigungsfiktion wird ihrer eigentlichen Bedeutung entkleidet, wenn man eine Annahme durch konkludente Handlungen zulassen will. Zahlt der Übernehmer pünktlich auf den Zinstag, dann ist das für den Gläubiger ein Grund mehr, um sich vor Jahresfrist nicht zu erklären, sondern die Genehmigung stillschweigend eintreten zulassen. Wenn aber gar der Gläubiger mahnen oder betreiben muß, so liegt es doch näher, daß er einen säumigen Zahler überhaupt nicht annehmen wolle, anstatt im Gegenteil sogar eine vorausgegangene Annahme zu vermuten. Ferner ist der Fall sehr wohl denkbar, daß einem zahlungsunfähigem Übernehmer vom Schuldner ein Zins an den Gläubiger in die Hand gedrückt wird, nur zu dem Zwecke, den unerfahrenen Gläubiger zur Annahme und damit zur Befreiung des bisherigen Schuldners zu veranlassen! Derartige Manöver dürfen nicht ohne weiteres durch die Übernahme von Artikeln aus dem Obligationenrecht sanktioniert werden. Auch seinen eigenen Pfandgläubigern gegenüber würde der Gläubiger, wenn man die Annahme einer Zins- oder Abschlagszahlung als für eine stillschweigende Genehmigung genügend erachten würde, eine Gesetzwidrigkeit begehen; denn diese müssen einer Annahme zustimmen. Oder wollte man behaupten, der Gläubiger sei verpflichtet, seinerzeit immer die Zustimmung seines Gläubigers einzuholen, wenn er eine Zinszahlung annimmt, oder dem Übernehmer einen Mahnbrief schreibt?

Es soll der Gläubiger für seine Entscheidung ein ganzes Jahr zur Verfügung haben; es soll ihm diese Zeit durch nichts beschränkt werden können. Es werden dabei die Interessen keiner Partei verletzt, da Schuldner und Übernehmer von Anfang an gewußt haben, daß ihre unveränderte Haftung ein Jahr dauern kann.

b) Ablehnung:

Die Ablehnung muß schriftlich an den alten Schuldner erfolgen und zwar innerhalb eines Jahres. Warum das Gesetz das vorschreibt, ist nicht einzusehen. Die Ablehnung könnte gerade so gut an den Übernehmer erfolgen, es werden beider Interessen von der Ablehnung in ganz gleicher Weise berührt, d. h. eine Verschiebung in der Höhe der Interessen tritt für den Schuldner nicht ein, ob er nun weiter hafte oder nicht. Denn haftet er weiter, so ist ihm der Übernehmer für die Befreiung verantwortlich und er ist theoretisch nicht schlechter gestellt als wenn er frei wird.

Das Requisit der Schriftlichkeit hätte für die Annahme ebenso gut vorgesehen werden können. Für die Ablehnung bedarf es also einer schriftlichen Erklärung, sie kann nicht durch konkludente

Handlungen eintreten. Der Schuldner ist nach Treu und Glauben gehalten, dem Übernehmer die Ablehnung kund zu tun.[1])

Wenn der Gläubiger, nachdem er den alten Schuldner durch die ausdrückliche Mitteilung, ihn beibehalten zu wollen, benachrichtigt hat, vom Übernehmer vorbehaltlos Zinszahlungen entgegennimmt, so will das keine Annahme des neuen Schuldners bedeuten. Es kann diese Zinszahlung des Übernehmers als Erfüllung der internen Schuldübernahme gedacht sein. Auf jeden Fall ist der Gläubiger, der abgelehnt hat, nicht verpflichtet, in der Entgegennahme irgend einer Zahlung von seiten des Übernehmers eine Offerte zu erblicken; denn es ist nur natürlich, daß der Übernehmer, der einen entsprechenden Kaufpreisabzug genossen hat, die Schulden des Veräußerers zu dessen Befreiung zu zahlen beginnt.

c) Stillschweigen.

An das Stillschweigen des Gläubigers knüpft das Gesetz die Wirkung, daß es nach Ablauf eines Jahres seit der Mitteilung des Grundbuchverwalters als Genehmigung der Schuldübernahme angesehen wird. Unseres Erachtens soll, wie schon wiederholt gesagt, dieses Jahr durch nichts gekürzt werden können, d. h. der Gläubiger soll während eines Jahres durch nichts in seiner Wahl beeinträchtigt werden. Während dieses Jahres hat der Gläubiger zwei Schuldner, doch nicht in dem Sinne, daß er sich an beide zugleich halten könnte; erklärt er den einen für seinen Schuldner, so hat er den andern unwiederbringlich verloren, es sei denn, er würde später noch einmal, wenn er z. B. den Übernehmer abgelehnt hat, mit diesem einen Übernahmevertrag schließen. Dieser aber würde als Vertrag mit rein obligatorischen Wirkungen unter die Regeln des Obligationenrechtes fallen.

d) In bezug auf den Wechsel des Gläubigers während der Jahresfrist schreibt Leemann:[2])

„Wechselt der Gläubiger während der Jahresfrist und hat der bisherige Gläubiger die Wahl zwischen dem alten und neuen Schuldner noch nicht getroffen, so steht das Wahlrecht für die Restdauer der Frist dem neuen Gläubiger zu; die Frist beginnt nicht von neuem zu laufen."

e) Zu allen Verhaltungsmöglichkeiten des Gläubigers und im Zusammenhang mit der Betonung der Unverletzlichkeit der Jahresfrist

---

[1]) Wie wäre es zu halten, wenn ein Gläubiger, der eine verspätetete Zinszahlung ohne Vorbehalt vom Übernehmer angenommen hat, gerade wegen dieser Verspätung die Schuldübernahme dem Schuldner gegenüber ausdrücklich und schriftlich ablehnt?

Nach bisheriger Praxis wäre die Ablehnung irrelevant, da eine Annahme durch konkludente Handlung stattgefunden hat.

Nach der Genehmigungstheorie, wie sie das Z. G. B. verkörpert, mit der speziellen einjährigen Erklärungsfrist, würde aber der rechtsunkundige Gläubiger nicht zu Schaden kommen für Dinge, die aus dem Gesetz selber gar nicht ersehen werden können. Auf alle Fälle ist die strickte Gesetzeserfüllung der Art. 832—834 mit Ausschluß der Annahme durch konkludente Handlung für die Parteien insbesondere den Gläubiger viel weniger gefährlich und auch weniger willkürlich.

[2]) Leemann, a. a. O., S. 877.

sei noch einmal daran erinnert, daß es mit dem Wesen der Schuldübernahme im Z. G. B. unvereinbar ist, daß die Parteien dem Gläubiger nach Art. 177 O. R. eine Frist setzen können, innerhalb welcher sich dieser erklären muß, wenn die Schuldübernahme zustande kommen soll. Es bedarf keiner weitern Begründung für diese Feststellung; es genügt darauf hinzuweisen, daß es jeder Logik widerspricht, einerseits eine Genehmigungsfiktion zur Verhütung des Auseinanderfallens von persönlicher und dinglicher Haftung an den Ablauf einer Jahresfrist zu knüpfen, und anderseits dieses Auseinanderfallen dadurch zu begünstigen, daß man den Parteien ein Fristsetzungsrecht einräumt.

§ 11. Die Nebenrechte.

Der Behandlung der Wirkungen einer Schuldübernahme speziell in bezug auf die Nebenrechte und Einreden muß eine kurze, prinzipielle Erörterung vorausgeschickt werden.

Die Nebenrechte und Einreden werden im Obligationenrecht in sehr allgemeiner Weise in den Art. 178 und 179 geregelt. Es fragt sich, ob diese Artikel auch für den Fall der schuldnervertraglichen Übernahme in Betracht kommen können. Was die Frage der Nebenrechte anbelangt, sind sowohl die Gegner als die Anhänger der Genehmigungstheorie der Meinung, daß ihr Bestand von einem Schuldnerwechsel nicht berührt werde, soweit sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind.[1]) In bezug auf Bürgschaften und Pfandrechte werden die gleichen Vorbehalte, nämlich die Einwilligung des dritten Bestellers gemacht.

Doch auch für die Einreden braucht kein Unterschied gemacht zu werden. Seitdem Gürgens[2]) und nach ihm viele andere sich bestimmt dahin geäußert haben, daß die Übernahme von ihrem Rechtsgrunde vollständig unabhängig sei, ist die Regelung, wie sie Art. 179 für die Einreden trifft, direkt auch auf die schuldnervertragliche Konstruktion zugeschnitten. Denn die einzige Streitfrage in bezug auf die Einreden bestand darin, ob man dem Übernehmer die Einreden aus seinem Verhältnis zum Schuldner gegenüber dem Gläubiger geben wolle. Als die Schuldübernahme noch als abhängig von ihrer causa, dem zugrunde liegenden Geschäft, betrachtet wurde, war diese Frage ohne weiteres zu bejahen. Seit dieser prinzipiellen Änderung aber, d. h. seit der Loslösung der Schuldübernahme von ihrer causa, werden diese Einreden nicht mehr zugelassen, und Vertragstheorie und Genehmigungstheorie erfahren in diesem Punkte die gleiche Behandlung.

Kurz zusammengefaßt kann festgestellt werden, daß Art. 178 und 179 O. R. unverändert auf die Schuldübernahme des Z. G. B. angewendet werden können.

Auf einen grundsätzlichen Unterschied in Beziehung auf die Wirkungen muß aber für die beiden Konstruktionen, wie sie unser

[1]) Gürgens, a. a. O., S. 289 ff. — Blume, a. a. O., S. 128 ff.
[2]) Ebenda, S. 285.

Zivilrecht bietet, hingewiesen werden, nämlich auf den Zeitpunkt des Überganges der Schuld. Die Genehmigungstheorie verlegt das Hauptgewicht auf den Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, und wenn auch ihre Vereinbarung bis zum Moment der Genehmigung durch den Gläubiger keine externen Wirkungen zeitigen kann, so wird nichtsdestoweniger die Wirkung des Vertrages bei Genehmigung auf den Moment des schuldnerischen Vertragsschlusses zurückbezogen. Gürgens schreibt dazu noch:[1])

„Als Zeitpunkt aber, auf den die Parteien den Anfang der Wirksamkeit der Übernahme setzen wollen, wird regelmäßig angenommen werden müssen, wenn die Übernahme auf einem onerosen Titel beruht, der Moment, wo der Schuldner dem Übernehmer seine Gegenleistung zu machen hat. Wenn dagegen die Übernahme auf einem lukrativen Titel beruht, der Augenblick, wo die Übernahme selbst abgeschlossen wird."

Die Nebenrechte werden durch das Gesetz in drei Kategorien eingeteilt.

1. Diejenigen Nebenrechte, die vom Schuldnerwechsel nicht berührt werden, also eo ipso auf den Übernehmer übergehen.
2. Die mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpften.
3. Von Dritten bestellte Pfänder und Bürgen.

1. Nebenrechte, die ohne weiteres übergehen, sind natürlicherweise bei grundpfandversicherten Forderungen selten, d. h. in nicht großer Zahl vorhanden, da ja bei Schuldbrief und Gült das zugrunde liegende Verhältnis durch Novation getilgt wird und der Pfandtitel keine Klauseln enthalten darf. Auch in den Pfandvertrag über eine Grundpfandverschreibung werden nicht leicht Nebenrechte, die mit der Natur eines Pfandrechtes überhaupt nicht zusammenhängen, wie z. B. Konventionalstrafbestimmungen, hineingelegt.

Als wichtigstes Nebenrecht, das ohne weiteres bei der Übernahme dem Erwerber zufällt, ist der Zins anzusehen.

Allerdings ist gerade für die Zinse im Grundpfandrecht eine Spezialregelung vorgesehen. Art. 818 läßt das Grundstück für drei verfallene und den laufenden, also im schlimmsten Falle für vier Jahreszinse haften. Die Haftung für diese vier Zinse geht ohne weiteres über als integrierender Bestandteil der Grundstückhaftung. An dieser Stelle muß noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß al. 2 des Art. 818 Z. G. B. durch Bundesratsbeschluß vom 7. Juni 1920 durch folgende Bestimmung ersetzt worden ist:

> „Wird der ursprünglich vereinbarte und im Grundbuch eingetragene Zinsfuß über fünf vom Hundert erhöht, ohne daß sämtliche nachgehenden Grundpfandgläubiger zugestimmt haben, so besteht Grundpfandsicherheit für die Zinsforderung des vorgehenden Grundpfandgläubigers nur bis zu dem Betrag, der dem Wert von

[1]) Gürgens, a. a. O., S. 292.

drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins, beides zu 5% berechnet, entspricht."

Eine mehr als 4 Jahre zurückliegende Zinsschuld darf aber im Zweifel nicht als übernommen gelten, da sie zur reinen persönlichen Schuld wird, für die ein Zusammenhang mit dem Pfandrecht eigentlich nicht mehr besteht.

Bei Begründung eines Grundpfandverhältnisses wird oft festgesetzt, daß der Zins für die Schuld sich bei Verzug des Zinsschuldners um einen gewissen Prozentsatz erhöhe, oder auch bei Pfandverschreibung und Schuldbrief, daß eine frühere Kündbarkeit des Pfandrechtes eintrete, wenn die Zinsen nicht regelmäßig bezahlt werden. Diese Angaben im Pfandtitel stellen weder eine Bedingung noch eine Gegenleistung im Sinne des Art. 854 Z.G.B. dar, und desdalb dürfen sie in den Pfandtitel aufgenommen werden. Sie gehen ohne weiteres in ihrer verpflichtenden Wirkung auf den Übernehmer über, wenn nicht besonders etwas anderes verabredet worden ist.

Im übrigen ist es möglich, daß unter den Parteien jede beliebige Verabredung getroffen werde. Nebenverpflichtungen, wie sie im Grundpfandrecht üblich sind, gehen immer auf den Übernehmer über, und das besonders aus dem Grunde, weil bei der schuldnervertraglichen Übernahme angenommen werden kann, daß Übernehmer und Schuldner sich über die Forderung mit ihrem Nebenrechten Rechenschaft gegeben haben. Im weitern ist im Grundpfandrecht deshalb der reibungslose Übergang dieser nicht auf die Person des Schuldners zugeschnittenen Nebenpflichtungen auf den Übernehmer zu vermuten, weil ja alle diese Punkte schriftlich fixiert sind und sich deshalb der Kenntnis der Parteien nicht entziehen können.

2. Nebenrechte, dle untrennbar mit der Person des Schuldners verknüpft sind, können für pfandversicherte Forderung nicht gefunden werden. Die Konkursprivilegien, die in erster Linie unter dieser Art von Nebenrechten genannt werden, werden durch das Wesen des Pfandrechtes selbst ausgeschlossen. Das Pfandrecht ist in gewissem Sinne selbst ein Konkursprivileg und zwar das stärkste, deshalb schließt es alle andern aus, da diese gar nicht imstande sind, neben dem Pfandrecht für die Forderung Geltung zu erlangen.

Daß vertraglich irgend welche Nebenrechte als untrennbar erklärt werden und aus diesem Grunde nicht übertragen werden können, ist ohne weiteres klar.

3. a) Bürgschaft.

Eine Bürgschaft wird in weitaus den wenigsten Fällen ohne Rücksicht auf die Person des Schuldners eingegangen. Deshalb ist es denn auch nicht gerechtfertigt, dem Bürgen eine Stellungnahme bei einem Schuldnerwechsel zu versagen. Die Universalsukzession setzt nur eine neue Person in das Schuldverhältnis, die mit dem Erblasser in Verbindung steht, sie läßt aber das Vermögen des Erblassers im gleichen Ausmaße den Gläubigern verhaftet; es sind also subjektiv und objektiv

gleiche oder zum mindesten ähnliche Voraussetzungen gegeben, die den Bürgen für den Erblasser einstehen ließen.

Anders aber bei der Singularsukzession. Nicht nur ändert das Subjekt, mit dem der Gläubiger in keinem Verwandtschafts- oder Affektionsverhältnis zu stehen braucht, wie das vielfach, sogar meistens bei Eingehung von Bürgschaften der Fall ist, sondern auch die Vermögenslage des neuen Schuldners kann derart sein, daß es eine äußerste Unbilligkeit bedeuten würde, wenn man den Bürgen einfach weiter haften lassen wollte. Der Grundsatz „Bürgen soll man würgen" darf wirklich nicht so weit ausgedehnt werden.

Aus diesen Gründen ist es sehr gerechtfertigt, daß das Obligationenrecht die Bürgen entscheiden läßt, ob sie weiter haften wollen. Ihre Zustimmung muß vor oder mit der Schuldübernahme beigebracht werden; erfolgt sie später, so muß die Bürgschaft neu begründet werden.

Es ist allerdings die Bürgenhaftung im Grundpfandrecht weniger schwer und gefahrvoll als für unversicherte Forderungen, da doch das Grundstück immerhin eine genügende Sicherheit gewährt. Die Verhältnisse können jedoch auch im Grundpfandrecht so liegen, daß einem Bürgen die Forthaftung von Gesetzes wegen nicht zugemutet werden kann. Um alle Unbilligkeiten zu vermeiden ist deshalb die Regelung unseres O. R. als den Umständen entsprechend anzusehen.

Besondere Beachtung verdient der Fall, wo z. B. der Gültschuldner sich durch Bürgschaft neben der Sachhaftung persönlich haftbar erklärt. Muß in diesem Fall eine persönliche Weiterhaftung des Bürgen angenommen werden? Wenn man analog der Regelung bei der Pfandbestellung vorgehen wollte, so müßte die Weiterhaftung erklärt werden; auch kann natürlich in diesem Fall von einer Zustimmung zu der Schuldübernahme nicht gesprochen werden, da ja der Bürge selbst Vertragspartei ist. Wir kommen deshalb zu der Auffassung, daß der Veräußerer und Bürge ausdrücklich erklären muß, nicht als Bürge weiterhaften zu wollen. Unterläßt er dies, so ist anzunehmen, daß er einer Bürgenhaftung nicht entgegen sei, da er ja die Verhältnisse des Übernehmers genau zu kennen in der Lage ist.

Eine stillschweigende Zustimmung ist auch anzunehmen, wo der Übernehmer selbst Bürge ist.

b) Pfandrechte.

Für die Pfandrechte gilt im großen und ganzen auch das von der Bürgschaft Gesagte. Gürgens allerdings argumentiert anders, er sagt:[1]) „Die Pfandrechte erscheinen als Akzessionen der Schuld, die ihr, abgesehen von der besonderen Persönlichkeit des Schuldners anhaften. Sie dauern deshalb auch bei der Übernahme der Schuld, deren Sicherung sie dienen, fort."

Es ist aber heutzutage die Meinung überwiegend, daß auch für den dritten Pfandbesteller die Person des Schuldners wesentlich sei

[1]) Gürgens, a. a. O., S. 290.

und er deshalb im Zweifel mit seinem Grundstück nicht weiterhaften wolle. Anders verhält es sich, wenn die Pfandrechte entweder gesetzlich oder nicht von Dritten begründet sind.

Ist das Pfand vom Schuldner selbst oder vom Übernehmer bestellt, so liegt in ihrer Zustimmung zum Schuldübernahmevertrag auch eine Einwilligung in die Forthaftung; Art. 178,2 O. R. Es sei in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hingewiesen, was für Konsequenzen es haben könnte, wollte man einer grundpfandrechtlichen Schuldübernahme die Vertragstheorie als Unterlage geben. Die Schuldübernahme wird geschlossen zwischen Gläubiger und Übernehmer, der Schuldner braucht nicht mit in das Vertragsverhältnis gezogen zu werden. Ist er da Dritter im Sinne des Art. 178 O.R.? Wenn man sich strickte auf den Boden der Vertragstheorie stellen wollte, müßte man diese Frage unbedingt mit ja beantworten. Das hätte zur Folge, daß sich der Schuldner für weitere Grundstücke, die er zugunsten der Forderung verpfändet hat, einfach durch Schweigen aus der Pfandhaft befreien könnte. Diese Auffassung ist durch die Anwendung der Genehmigungstheorie ausgeschlossen.

Hasler ist anderer Meinung und konstruiert wie folgt:[1])

„War aber der Schuldner bei dem Schuldnerwechsel nicht beteiligt, so soll das Pfandrecht trotzdem nicht untergehen, da dem Schuldner dadurch nicht ein Nachteil, sondern lediglich ein Vorteil zugemutet wird, indem er von nun an nur noch dinglich, nicht mehr aber obligatorisch für die übertragene Schuld verpflichtet ist."

Der Untergang der Pfandrechte greift ferner nicht Platz, wo es sich um gesetzliche Pfandrechte handelt; denn diese sind nicht von Dritten bestellt, sondern eben gesetzlich.

Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes, der nach Ansicht vieler Juristen dinglichen Charakter hat, wird vom Bundesgericht[2]) als persönlicher Anspruch behandelt. Bei einer Übertragung geht er deshalb nicht auf den Erwerber des Grundstückes über. Es ist zu beachten, daß als persönlicher Schuldner bei den Bauhandwerkerpfandrechten in weitaus den meisten Fällen nicht der Eigentümer des Gebäudes figuriert, sondern der Bauunternehmer. Es ist deshalb möglich, sich durch den Verkauf seines Hauses, und sei es auch nur einen Scheinverkauf, drohender Bauhandwerkerfandrechte zu erwehren. Es ist diese Situation nach beiden Seiten unerfreulich. Einerseits bedeutet es allerdings für die Bauhandwerker eine Schädigung, wenn ihnen ihre grundpfändliche Sicherheit entzogen werden kann. Anderseits aber kann der Bauherr noch viel intensiver durch die Bauhandwerkerpfandrechte geschädigt werden. Man hat sich nur vorzustellen, daß als Bauunternehmer, also als persönlicher Schuldner der Bauhandwerker, ein gewissenloser Mensch am Werk ist. Die Bauherren können die ihnen zukommenden Leistungen in vollem Betrage ge-

[1]) Hasler, a. a. O., S. 91.
[2]) Praxis 4 Nr. 25.

leistet haben, ihre Häuser werden aber doch durch Bauhandwerkerpfandrechte belastet, weil der Bauunternehmer die Gelder der Bauherren nicht zur Befriedigung der Handwerker verwendet hat. Wo soll ein Bauherr sein Recht suchen, wenn der Unternehmer in Konkurs gerät? Er kann eventuell zusehen, wie sein Haus versteigert wird, trotzdem er seinen Verpflichtungen voll nachgekommen ist.

§ 12. Die Einreden:

„Die Einreden aus dem Schuldverhältnis stehen dem neuen Schuldner zu wie dem bisherigen.

Die Einreden, die der bisherige Schuldner persönlich gegen den Gläubiger gehabt hat, kann der neue Schuldner, soweit nicht aus dem Vertrag etwas anderes hervorgeht, nicht entgegengehalten.

Der Übernehmer kann die Einreden, die ihm gegen den Schuldner aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zustehen, gegen den Gläubiger nicht geltend machen.“ [1])

Vor allen muß vorausgeschickt werden, daß nach Alinea 3 des Art.. 179 O. R. Einreden des Schuldners aus dem Veräußerungsgeschäft vom Übernehmer gegenüber dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden können. Daß Einreden aus dem Grundgeschäft überhaupt nicht erhoben werden können, ist damit nicht behauptet. Für die Grundpfandverschreibung kann gesagt werden, daß der Gläubiger sich alle Einreden gefallen lassen muß, die an seine Person oder an die des jeweiligen Schuldners geknüpft werden können. Die Grundpfandverschreibung genießt den Schutz des öffentlichen Glaubens nicht, es sind deshalb die Einreden nicht durch die Art. 872 Z. B. G. beschränkt, d. h. es können hauptsächlich auch Einreden aus dem dem Pfandvertrag zugrunde liegenden Forderungsverhältnis geltend gemacht werden.

Nicht so bei Schuldbrief und Gült. Als Wertpapiere öffentlichen Glaubens setzt Art. 872 Z. G. B. für sie ausdrücklich fest, daß der Schuldner nur solche Einreden erheben könne, die sich entweder auf den Eintrag oder auf die Urkunde beziehen, oder die ihm persönlich gegen den ihn belangenden Gläubiger zustehen. In der Folge soll aber nicht mehr von diesen Einreden gesprochen werden, sondern von denen, die sich aus einer vollzogenen Schuldübernahme ergeben und ergeben können.

1. Dabei ist in erster Linie die vollständige Abstraktheit des Übernahmevertrages hervorzuheben und als Konsequenz dieser Abstraktheit das Verbot der Einreden aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Verhältnis. Gürgens[2]) verteidigt die Loslösung der Schuldübernahme von ihrer causa sehr energisch, zwar nicht, indem er nach streng juristischen Prinzipien, sondern nach Gründen aus dem Bedürfnis der Praxis entscheidet. Er führt aus: „Welches nun von

[1]) O. R. Art. 179.
[2]) Gürgens, a. a. O., S. 282.

diesen drei möglichen Verhältnissen das tatsächlich begründete ist — nämlich: Es könnte erstens der Grund der Übernahme die Bedeutung einer Bedingung für sie haben, oder zweitens, es könnte ihr Grund zu ihr im Verhältnis ein Voraussetzung stehen, oder drittens endlich, die Übernahme könnte völlig losgelöst von ihrer causa bestehen, — das suchen wir aus dem Willen der kontrahierenden Parteien und aus der Analogie zu beantworten. Dem Willen der Parteien ist offenbar das dritte Verhältnis, das am meisten entsprechende. Wir brauchen nur daran zu denken, welche Mißstände sich aus den beiden ersten Verhältnissen der Übernahme zu ihrem Grund ergeben würden. Da der Grund der Übernahme in einem Verhältnis zwischen Übernehmer und Schuldner liegt, so würde ihm (dem Gläubiger) eine Orientierung über die Beschaffenheit desselben und die Beweisführung über seinen Bestand äußerst schwer, häufig vielleicht unmöglich sein. Nicht selten müsste daher die Übernahme ihm weiter nichts einbringen, als Zeitverlust und die Lasten eines langwierigen Prozesses, ja nicht selten würde er selbst seinen Anspruch gegen den Übernehmer ganz vereitelt sehen, ohne einen Ersatz vom Schuldner gewärtigen zu können.

Es widerspricht jeder Vermutung, daß die Parteien bei Abschluß einer Übernahme dem Gläubiger, der regelmäßig nicht das geringste Interesse an der Übernahme haben und nur zum Vorteil des Schuldners und Übernehmers seine Einwilligung geben wird, eine solche Lage zumuten wollen. Und es wäre unerklärlich, wie bei einer solchen Lage, die naturgemäß die Zustimmung des Gläubigers zu den seltensten Dingen machen müßte, die Parteien bei Übertragung der Schuld, wie es so häufig geschieht, die nachträgliche Zustimmung des Gläubigers sicher voraussetzen könnten.

Ebenso entschieden, wie der zu vermutende Parteiwillen, spricht für das dritte Verhältnis, für die vollständige Unabhängigkeit der Übernahme von ihrem Grunde, auch die Analogie mit der Delegatio.

Was uns aber berechtigt, das Verhältnis der Delegatio zu ihrem Grunde auf die Übernahme zu übertragen, ist, daß der Grund der Übernahme ganz unter denselben Bedingungen steht, wie bei der Delegatio. Dort wie hier entnimmt die Verpflichtung ihre causa nicht aus einem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es sonst stattfindet, sondern aus einem Verhältnis des Schuldners zu einem Dritten. Es trifft daher bei einer Übernahme nicht minder wie bei der Delegatio zu, daß der Gläubiger nicht leicht erfahren kann, von welcher Beschaffenheit der Rechtsgrund ist, der seinen Schuldner zu seiner Verpflichtung bestimmt hat, und zweitens ist beiden auch das gleich, daß der fordernde Gläubiger unter jeder Bedingung nur „das Seine“ verlangt. Wir haben demnach die Übernahme von ihrem Grunde für völlig unabhängig anzusehen.“

Daß unter Umständen das Grundgeschäft, in unserem Falle das Veräußerungsgeschäft, die Übernahme gleichwohl beeinflussen, eventuell sogar nichtig machen kann, muß zugegeben werden. Es kann z. B. der Fall eintreten, daß mit dem Veräußerungsgeschäft eine verbotene

Interzession der Ehefrau ins Werk gesetzt werden soll. Die Abstraktheit der Schuldübernahme verbietet allerdings eine direkte Aufhebung des Vertrages, auf dem Wege des Regresses aber kann sich der Schuldübernehmer, sofern er nicht selber mala fide ist, von jedem Schaden, den er z. B. durch eine Inanspruchnahme durch den Gläubiger erleidet, am Schuldner erholen. Über den Regreß im speziellen soll im § 13 gesprochen werden. Wesentlich und noch einmal festzuhalten ist: Dem gutgläubigen Gläubiger gegenüber kann der Übernehmer keine Einreden, die ihm aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Geschäft dem Schuldner gegenüberzustehen, geltend machen.

2. Wie sind die Einreden zu behandeln, die sich auf die übernommene Schuld selbst und deren Subjekt beziehen?

Für das Grundpfandrecht regeln sich die Fragen einfacher als für die Verhältnisse der Schuldübernahme im Obligationsrechte. Es ist schon im Anfang dieses Paragraphen auf die verschiedene Behandlung hingewiesen worden, die einerseits die Grundpfandverschreibung und anderseits Schuldbrief und Gült erfahren.

Für die Grundpfandverschreibung kann der Art. 179 O. R. ohne weiteres anwendbar erklärt werden; denn das zugrunde liegende Forderungsverhältnis besteht unbeeinflußt durch den Pfandvertrag fort und äußert auch ferner seine obligatorischen Wirkungen.

Bei Schuldbrief und Gült aber wird ein Pfandtitel mit Wertpapiercharakter ausgestellt und wird das Forderungsverhältnis durch Novation getilgt. Es stehen dem Schuldner nur noch die Einreden zu Gebote, die ihm Art. 872 Z. G. B. ausdrücklich zuspricht. In bezug auf die Schriftmäßigkeit ist auch die auf den Inhaber lautende Grundpfandverschreibung, die zugunsten einer Wertpapierforderung bestellt ist und eine Schuldanerkennung und Verpfändung enthält, zu Schuldbrief und Gült zu zählen; denn da ihnen vom Bundesgericht der Charakter von Wertpapieren zugesprochen worden ist, so haben sie auch in bezug auf die Beschränkung der Einreden (O. R. 811) den Regeln des Wertpapierrechtes zu folgen.

3. Zu den Einreden als solchen, ungeachtet des speziellen Falles der Schuldübernahme muß noch folgendes hinzugefügt werden:

a) Für die Grundpfandverschreibung macht, wie wir gesehen haben, der Art. 179 1 und 2 des Obligationenrechtes Regel. Dieser trennt die Einreden in solche, die mit der Schuld verknüpft sind, und solche, die nur dem Schuldner persönlich gegenüber dem Gläubiger zustehen. Die ersteren gehen ohne weiteres über, die letzteren nur dann, wenn es im Übernahmevertrag ausdrücklich gesagt ist.

Vorauszuschicken ist noch, daß selbstverständlich der Übernehmer alle Einreden, die er persönlich gegenüber dem Gläubiger hat, auch in bezug auf die übernommene Schuld einwenden kann; denn diese Schuld ist die seine und es kommen ihr alle Einreden, die in seiner, des Übernehmers Person, ihren Ursprung haben, zustatten.

Was die Einreden betrifft, die Abs. 1 und 2 des Art. 179 O. R. umschreiben wollen, also die Einreden des bisherigen Schuldners gegenüber dem Gläubiger, so sind über deren Übergang auf den Übernehmer die Meinungen der Wissenschaft weit auseinander gegangen. Das Obligationenrecht hat eine klare Unterscheidung vorgenommen und die Einreden getrennt in objektive und subjektive. Wir nennen dabei subjektiv alle diejenigen Einreden, die untrennbar mit der Person und Individualität des Schuldners verknüpft sind, objektiv die mit der Schuld im Zusammenhang stehenden, diejenigen, welche ein Zustandekommen der Schuld zu verhindern oder eine bestehende Schuld nichtig werden zu lassen imstande wären.

Die objektiven Einreden gehen ohne weiteres über. Z. B. Einreden aus mangelnder Handlungsfähigkeit, Irrtum, Übervorteilung, Willensmängeln, Zahlung, Verjährung, Untergang, Stundung, res judicata.

Die subjektiven Einreden, d. h. diejenigen, die an die Person des Schuldners geknüpft sind, sollen nicht übergehen, wenn nicht vertraglich das Gegenteil bestimmt ist. Ihr Bestand ist ein kleiner. Als allgemein anerkannt gilt der Ausschluß der Kompensationseinrede mit der Einschränkung aber, daß einmal kompensierte Forderungen nicht in der Person des Übernehmers wieder aufleben. Weitere Einreden, die wegen ihrer rein individuellen Farbe nicht übergehen, sind, abgesehen von der Gerichtsstandeinrede, kaum mehr genannt. Gürgens[1]) sagt in bezug auf diese Art der Einreden: „Als ihrer Natur nach unübertragbar werden wir nur diejenigen von den Einreden betrachten können, die nicht an die Person des Schuldners überhaupt, sondern an seine ganz bestimmte Individualität gebunden sind. Das sind aber offenbar die wenigsten. Zu ihnen gehören die auf das beneficium competentiae sich gründenden Einreden, sodann die den Gerichtsstand betreffenden und endlich die aus einem Indult entspringenden Einreden."

b) Schuldbrief und Gült folgen sowohl in bezug auf die objektiven als auch die subjektiven Einreden den Vorschriften des Art. 872 Z. G. B. Durch diesen Artikel wird ohne weiteres auch die Zahl der übergehenden Einreden auf die vom Gesetz für das Schuldbrief- und Gültrecht gewollte beschränkt.

Über das Los der vom Schuldbrief und Gültrecht zugelassenen Einreden, wenn es zur Übernahme kommt, entscheidet dann wieder der Art. 179 O. R. Es ist aber genau darauf zu achten, daß zuerst die Einreden, die das Grundpfandrecht für Schuldbrief und Gült ausschließt, ausgeschieden werden.

Leemann[2]) teilt die Einreden in subjektive und objektive! Allerdings muß hier gesagt werden, daß er subjektiv und objektiv anders versteht als wir es oben getan haben. Objektiv ist für ihn die Einrede, die sich auf Grundbucheintrag und Urkunde bezieht. Subjektiv

[1]) A. a. O., S. 1035 ff.
[2]) A. a. O., S. 300.

im Sinne von Leemann umfaßt alle diejenigen Einreden, die wir sowohl als subjektiv und objektiv bezeichnet haben.

Er schickt voraus, daß Schuldbrief und Gült Papiere öffentlichen Glaubens seien und dessen Publizitätswirkung illusorisch wäre, wenn der Schuldner alle z. B. bei einer Abtretung zugelassenen Einreden geltend machen könnte.

Es werden zugelassen als objektive Einreden diejenigen, die jedem Gläubiger entgegengehalten werden können und die sich auf den Grundbucheintrag oder Urkunde beziehen. Was das im einzelnen für Einreden sind, steht bei Leemann in Note 6—9 zu Art. 872 Z. G. B. erschöpfend aufgezählt.

Für die Schuldübernahme ist die Feststellung wichtig, daß diese Einreden ohne weiteres auf den Erwerber des Grundstückes übergehen.

Die subjektiven Einreden definiert Leemann als diejenigen, die aus dem persönlichen Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger hervorgehen, also die von uns als subjektiv und objektiv bezeichneten. Für sie ist die Regelung eine einfache.

Diejenigen, die wir als objektive bezeichnet haben, beziehen sich auf die novierte Schuld, können also nicht übergehen. Allerdings muß eine Einschränkung hinzugefügt werden. Die novatorische Funktion der Errichtung übt auf das Verhältnis zwischen dem ersten Gläubiger, also dem ersten Inhaber des Pfandtitels und dem ersten Schuldner keine Wirkung aus, und es erhält deshalb der Übernehmer diesem ersten Gläubiger gegenüber alle objektiven Einreden. Mit dem Erwerb der Forderung durch einen gutgläubigen Dritten aber fällt diese Einschränkung weg.

Über die von uns subjektiv genannten Einreden bestimmt Art. 179 II O. R., daß sie ohne besondere Verabredung nicht übergehen.

Zusammenfassend möchten wir für die drei Grundpfandarten noch einmal feststellen:

a) Grundpfandverschreibung.

Sie folgt den Regeln des Art. 179 O. R.

b) Schuldbrief und Gült.

Die Anzahl der Einreden wird von vornherein beschränkt durch Art. 872 Z. G. B.

Zum Übergang auf den Übernehmer sind geeignet

a) die sich auf Grundbucheintrag und Urkunde beziehenden,
b) die objektiven nur gegenüber dem ersten Gläubiger und bösgläubigem Dritten,
c) die subjektiven, wenn es so vertraglich vereinbart worden ist, jedoch wieder mit der Einschränkung, daß sie dem ersten Gläubiger oder bösgläubigen Dritten gegenüber unbedingt geltend gemacht werden können.

Über die dem Übernehmer persönlich gegen den Gläubiger zustehenden Einreden ist schon gesprochen worden. Sie sind selbstverständlich zuzulassen.

4. Für den Moment des Überganges der übertragbaren Einreden ist maßgebend der Abschluß des Vertrages, oder mit andern Worten der Schuldübergang. Dieser liegt im Vertrag des Schuldners mit dem Übernehmer. Einreden die nach dem Übergang in der Person des Schuldners entstehen, könnten auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn deren Übergang an sich möglich wäre.

Würde im Vertrag die Genehmigung des Gläubigers als Bedingung für das Übergehen der Schuld gesetzt, so gehen auch die Einreden erst mit der Erfüllung der Bedingung über.

In der Natur der Genehmigungstheorie liegt es, daß bei der Genehmigung durch den Gläubiger, wenn diese nicht als Bedingung oder Voraussetzung für den Schuldübergang ausdrücklich gesetzt worden ist, dem Schuldübernahmevertrag eine Wirkung ex tunc beigelegt wird, was gerade für die Einreden von besonderer Wichtigkeit ist.

§ 13. Rücktritt, Dahinfallen und Regreß.

I. Der Rücktritt vom Vertrag.

Der Rücktritt vom Übernahmevertrag gestaltet sich für die Schuldübernahme nach Z. G. B. nach den Grundsätzen der Genehmigungstheorie. Das will heißen, daß der Gläubiger als Vertragspartei keine Rolle spielt, sondern ihm nur wieder die Rolle des Genehmigenden zugewiesen wird und auch das nicht einmal auf alle Fälle. Es bleibt natürlich noch die wesentliche Unterscheidung zu machen, ob der Rücktritt vor oder nach der Genehmigung des Gläubigers erfolge.

1. Wir haben schon früher darauf hingewiesen, daß der Mitteilung des Grundbuchverwalters nicht die Wirkungen einer Vertragsofferte zuerkannt werden können. Das folgt ohne weiteres aus der Natur der ganzen Konstruktion. Wie es ja allen Vertragsparteien unbenommen bleibt, von einem Vertrag zurückzutreten, so auch hier, wo Schuldner und Übernehmer vollständig unabhängig vom Gläubiger ihren Übernahmevertrag abgeschlossen haben. Die Genehmigungstheorie hat dem Gläubiger nie die Macht zuschreiben wollen, daß er vor seiner Genehmigung schon einen Einfluß auf das Verhältnis der Vertragsparteien haben kann. Deshalb sei hier ausdrücklich festgestellt, daß sowohl Gürgens[1]) als auch Regelsberger[2]) dem Schuldner und dem Übernehmer das Recht zugestehen mutuo dissensu vom Vertrag zurückzutreten und zwar nicht nur vor Abgang der Mitteilung — was ja selbstverständlich ist — sondern auch nach erfolgter Mitteilung an den Gläubiger. Diese Lösung liegt im Charakter der Genehmigungstheorie und ist entschieden leichter zu verteidigen als das Rücktritts-

[1]) A. a. O., S. 293.
[2]) Krit. V. J. S. Bd. 28, S. 377 f.

recht, das sowohl Leemann[1]) als auch Oser[2]) im Gegensatz zu Hasler[3]) dem Schuldner und Übernehmer im Rahmen der Vertragstheorie zuerkennen wollen. Der größere Teil der rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen wird von Schuldner und Übernehmer getragen, und sie sollen deshalb über ihr Recht auch frei bestimmen können. Irgend welche Ansprüche aus dem Rücktritt erwachsen dem Gläubiger nicht.

2. Anders liegt der Fall, wenn nach erfolgter Genehmigung die Parteien vom Übernahmevertrag zurücktreten möchten. Die Person des Gläubigers ist noch nicht zur Partei im Übernahmevertrag geworden. Er hat noch die Stellung dessen, der ein Rechtsgeschäft lediglich zu genehmigen hatte. Weil aber das Gesetz nur an seine Genehmigung die wichtigste Folge der Schuldübernahme knüpft, nämlich die Befreiung des alten Schuldners, muß per argumentum e contrario auch wieder gesagt werden, daß der Wiedereintritt des bisherigen und Entlassung des neuen Schuldners — denn auf das läuft ein Rücktritt ja hinaus — auch nur mit Genehmigung des Gläubigers erfolgen könne.

Für den Rücktritt werden im Schuldübernahmerecht keine bestimmten Vorschriften aufgestellt, und es treten deshalb die Vorschriften des allgemeinen Teiles in Kraft. Entsteht dem Gläubiger durch das Dahinfallen infolge Rücktrittes der Parteien ein Schaden, so hat er keinen Anspruch, daß ihm dieser nach den Bestimmungen des Art. 180 O. R. ersetzt werde; denn er hatte es in der Hand die Einwilligung zum Rücktritt zu versagen; wenn er dennoch einwilligt, so hat er indirekt den Schaden selbst verursacht und es besteht keine Ersatzpflicht der Übernahmeparteien.

II. Das Dahinfallen des Übernahmevertrages überhaupt.

Auf Grund von Rechtsgrundsätzen, die nach allgemeiner Anschauung die Auflösung oder Nichtigkeit von Verträgen zur Folge haben können, kann auch ein Schuldübernahmevertrag dahinfallen. Die Gründe können der mannigfachsten Art sein, wenn sie nur Nichtigkeit oder einseitige Unverbindlichkeit bewirken.

Am Vertragsabschluß ist der Gläubiger durch seine Genehmigung beteiligt, er übt durch sie auf das Zustandekommen des Vertrages einen Einfluß aus. Dieser Einfluß ist aber nicht derart, daß dem Gläubiger darum die Stellung einer Vertragspartei eingeräumt werden müßte.

Durch das Dahinfallen des Übernahmevertrages wird eigentlich der Gläubiger in seinen Interessen wenig verletzt, will sagen, es treten in seiner Rechtssphäre die unbedeutendsten Verschiebungen ein. Die Hauptpersonen des Schuldübernahmevertrages, der Schuldner und der Übernehmer sind diejenigen, die die wirschaftlichen Konsequenzen eines Hinfallens zu tragen haben.

---

[1]) A. a. O., S. 873 Note 13.
[2]) A. a. O, S. 444 Bem. 3.
[3]) A. a. O., S. 102.

Weil aber ein Dahinfallen des Übernahmevertrages nur durch die beiden vertragschließenden Parteien verursacht werden kann, so sind auch seine Konsequenzen hauptsächlich in bezug auf sie zu regeln. Wie vorzugehen sei, wird durch die Vorschriften über das Rückforderungsrecht aus ungerechtfertigter Bereicherung festgelegt.

Es bleibt also nur noch das Verhältnis zwischen den Parteien einerseits und dem Gläubiger anderseits zu prüfen.

Art. 180 O. R. sagt:

> „Fällt ein Übernahmevertrag als unwirksam dahin, so lebt die Verpflichtung des frühern Schuldners mit allen Nebenrechten unter Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter wieder auf.

Vom Standpunkt der Vertragstheorie aus ist die Vorschrift kaum zu begreifen. Man stelle sich also vor, daß der Schuldner überhaupt bei dem Übernahmevertrag nicht beteiligt war, ja daß dieser sogar gegen seinen Willen abgeschlossen worden sei. Wenn nun das Gesetz einfach vorschreibt, die Verpflichtung des Schuldners lebe mit dem Dahinfallen des Vertrages wieder auf, so stellt das zum mindesten eine krasse Willkür dar.

Ganz anders aber für die Genehmigungstheorie. Wenn der Übernehmer aus irgend einem Grunde den Übernahmevertrag auflösen will und kann, so ist in den meisten Fällen die Ursache darin zu suchen, daß der Schuldner dolos gehandelt hat.

Wenn aber das Gesetz mit diesem Dahinfallen ein Wiederaufleben der schuldnerischen Verpflichtungen verbindet, so ist diese Regelung unbedingt konsequent und gerecht. Von Seiten des Schuldners wird ein Übernahmevertrag wohl nur in den seltensten Fällen angefochten werden; sollte es aber doch einmal der Fall sein, so könnte ihm auf dem Wege der Bereicherungsklage zu allen seinen Rechten verholfen werden.

Wir kommen zum Schluß, daß Art. 180 O. R. für die Schuldübernahme im Z. G. B. ohne Gefahr und konsequent angewendet werden kann mit einer Erweiterung allerdings, wie weiter unten gezeigt werden soll. Die Verpflichtungen des Schuldners leben beim Dahinfallen des Übernahmevertrages wieder auf. Ist jedoch ein Pfand, das früher für die Schuld verpfändet war, und bei der Schuldübernahme wegen Verweigerung der Zustimmung zur Weiterhaftung frei geworden ist, durch einen gutgläubigen Dritten erworben worden, so ist es für die Pfandsicherung für den Gläubiger verloren. Erwächst diesem daraus ein Schaden, so kann er sich an den Übernehmer halten, wenn dieser nicht darzutun vermag, daß ihm selbst ein Verschulden am Dahinfallen des Vertrages und damit an der Schädigung des Gläubigers nicht zur Last falle.[1])

Für die Genehmigungstheorie muß aber die Schadenersatzpflicht des Übernehmers erweitert, oder besser gesagt, seine Exkulpationsmöglichkeit verringert werden. Der Übernehmer braucht dem Gläubiger

---

[1]) Art. 180 II, O. R.

nur dann nicht Schadenersatz zu leisten, wenn er beweisen kann, daß nicht nur ihn selber, sondern auch den Schuldner am Dahinfallen des Vertrages und an der Schädigung des Gläubigers kein Verschulden treffe. Das zwar aus folgendem Grunde:

Da der Übernahmevertrag abstrakt sein soll, darf auch dem Gläubiger ein Dahinfallen aus einem Grunde, den er nicht zu vertreten hat, nicht zum Schaden gereichen. Für die Vertragstheorie allerdings ginge es nicht an, auch noch ein Verschulden des Schuldners mit hinein zu beziehen, da seine Person ja überhaupt keine Rolle spielen soll; für die Genehmingungstheorie aber muß ein Verschulden des Schuldners dem Gläubiger insofern zu gute kommen, als es ihm möglich gemacht werden muß, mit Hülfe dieses Verschuldens eine Schadenersatzpflicht des Übernehmers zu statuieren, gemäß welcher dieser verpflichtet wird, ihm für verlorne Sicherheiten schadenersatzmäßig zu haften; das alles um so mehr, als der Übernehmer selbst vom Schuldner auf dem Regreßwege zurückerlangen kann, was er zuviel geleistet hat.[1])

III. Der Regreß.

Die Frage nach der Beurteilung der Regreßansprüche von Schuldner und Übernehmer entscheidet sich nach den internen Beziehungen, unter denen sie stehen. Voraussetzung eines Regreßanspruches ist, daß derjenige, dem es nach Vertrag nicht zukam, den Gläubiger befriedigt habe. Denkbar sind zwei Fälle.

Hat der Übernehmer die Schuld unter einem verhältnismäßigen Abzug am Kaufpreis übernommen, uud genehmigt der Gläubiger den Vertrag nicht, so tritt dadurch im Verhältnis der Übernahmeparteien darum kein Änderung ein, weil der Übernehmer nach der geltenden und wirksam abgeschlossenen Erfüllungsübernahme nach wie vor für die Befreiung des Schuldners einzustehen hat. Zahlt aber der Schuldner auf Aufforderung des Gläubigers hin, so hat er seinen Regreßanspruch gegen den Übernehner, ohne allerdings durch die Befriedigung des Gläubigers nach Art. 110 Ziff. 1 O.R. oder nach Art. 827,2 Z.G.B. das Pfandrecht und das Forderungsrecht zu erwerben; denn er ist nicht Eigentümer und die Forderung des Gläubigers ist durch Zahlung erloschen. Er hat aber gemäß der Füllungsübernahme eine Forderung, die er jederzeit gegen den Übernehmer geltend machen kann, mit der großen Einschränkung allerdings, daß diese Forderung durch nichts gesichert ist. Die ungünstige Lage, in die der Schuldner hier gesetzt zu sein scheint, wird aber sofort erträglich, wenn hinzugefügt wird, daß er, trotzdem er persönlicher Schuldner ist, bei einer Zahlungsaufforderung des Gläubigers diesen einfach auf das Grundstück zu verweisen hat. Soweit das Grundstück die Forderung deckt, ist der Schuldner frei und nur für einen eventuellen Ausfall hat er einzustehen; und auch für den Ausfall besteht ein Regreßanspruch gegen-

[1]) Änderungen im Vertragsverhältnis wie das Dahinfallen des Schuldübernahmevertrages sind im Grundbuch eintragen zu lassen.

über dem Übernehmer, wenn dieser die Schuld auch für diesen Teil der Forderung übernommen hat.

Der umgekehrte Fall ist der, daß der Übernehmer ohne Abzug am Kaufpreis das Grundstück übernommen hat. Wenn nun der Übernehmer freiwillig die Lasten, die auf dem Grundstück haften, ablöst, so geht das Pfandrecht nach Art. 110 Ziff. 1 O. R. auf ihn über, dazu erhält er noch einen Regreßanspruch gegen den Schuldner. Kommt es jedoch zur Betreibung und Pfandverwertung, so erhält der Übernehmer nur das Forderungsrecht gegen den Schuldner, weil nach Art. 156 B. & K. die Belastungen der Liegenschaft (Hypothek usw.), welche zugunsten des Betreibenden bestanden, in den öffentlichen Büchern als erloschen zu streichen sind.

Durch gesetzmäßige Anwendung der Grundsätze über den Regreß und die ungerechtfertigte Bereicherung können alle vorkommenden Komplikationen ohne Benachteiligung einer der Parteien gelöst werden.

Art. 180 O. R. regelt nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernahmeparteien, und zwar regelt er das Verhältnis im Sinne der Genehmigungstheorie, indem er dem Gläubiger eine Sonderstellung zuweist, wie er sie nach der Genehmigungstheorie auch hat. Er soll als bloß Genehmigender einen besonderen Schutz genießen, der ihm infolge der Abstraktheit des Übernahmevertrages, zu dem er sich nicht zu äußern hat, unbedingt zugesprochen werden muß. Dieser Schutz besteht eben darin, daß ihm beim Dahinfallen des Übernahmevertrages die Person des Schuldners nicht verloren gehen soll, wenn nicht in seiner eigenen Person die Voraussetzungen dazu gelegen haben. Wie aber nach der Vertragstheorie das Wiederaufleben der schuldnerischen Verpflichtungen gerechtfertigt werden soll, hat bis jetzt noch keiner, der den Art. 180 O. R. behandelt hat, in einwandfreier Art dargetan.

§ 14. Weiterübertragung und Zerstückelung.

I. Die Weiterübertragung.

„Wird vor der Annahme durch den Gläubiger eine neue Schuldübernahme verabredet und auch vom neuen Übernehmer dem Gläubiger der Antrag gestellt, so wird der vorangehende Übernehmer befreit.“ [1])

Ausgeschlossen durch diese Vorschrift ist der Fall, wo schon eine Genehmigung des Gläubigers vorliegt. In diesem Fall wird das Verhältnis um einen Schuldner verschoben, d. h. der Übernehmer wird zum Schuldner und der neue Übernehmer zum ersten Übernehmer.

Von Hasler ist die Frage zur Diskussion gestellt worden, ob es nicht zu bedauern sei, daß durch den Antrag einer neuen Schuldübernahme der erste Übernehmer frei werde. Er steht dabei ganz auf der Seite des Gläubigers und stellt fest, daß dessen Interessen in bedauerlichem Maße verletzt werden. In der Frage der Weiter-

[1]) O. R. 177, II.
[2]) A. a. O., S. 103 ff.

übertragung aber dürfen wohl kaum die Interessen des Gläubigers ausschlaggebend sein. Er hat im schlimmsten Fall immer die Möglichkeit, seine Genehmigung zu versagen und behält dabei seinen ursprünglichen Schuldner. Er wird dadurch in keiner Weise schlechter gestellt, und auf eine Besserstellung hat er nicht das geringste Anrecht.

Es ist deshalb im Interesse der Vereinigung von persönlicher und dinglicher Schuld im gleichen Rechtssubjekt, wenn durch die neue Mitteilung einer Schuldübernahme durch den Grundbuchführer der Gläubiger den ersten Übernehmer nicht mehr als Schuldner annehmen kann. Es wäre eine unbillige Begünstigung des Gläubigers, wollte man ihm das Recht zugestehen, während eines Jahres drei oder mehr Schuldner nach Wunsch zur Verfügung zu haben. Sein Wahlrecht bleibt deshalb auf zwei Schuldner beschränkt, und das auch dann, wenn ihm mehrere Mitteilungen gleichzeitig — was zwar kaum vorkommen dürfte — zukommen sollten. Der Urschuldner und der letzte Übernehmer sollen die Haftenden sein.

Intern unter den Schuldnern ist darnach zu entscheiden, ob z. B. der Urschuldner in die zweite Schuldübernahme zwischen Ü I und Ü II eingewilligt habe oder nicht. Im ersten Falle ist anzunehmen, daß Ü II bei Verweigerung der Genehmigung durch den Gläubiger direkt dem Schuldner für dessen Befreiung hafte. Im andern Fall bleibt Ü I gemäß der internen Erfüllungsübernahme dem Urschuldner gegenüber für Befreiung haftbar und tritt anderseits dem Ü II gegenüber in das Verhältnis von Urschuldner und Übernehmer.

II. Zerstückelung.

Die Zerstückelung eines Grundstückes interessiert im Zusammenhang mit der Schuldübernahme weder in bezug auf die Art und Weise der Verteilung der Pfandhaft noch auf die Kündigung der Pfandforderung bei Nichtannahme der Verteilung, sondern nur soweit eine Übernahme der Schuld durch die Erwerber der geteilten Grundstücke oder des belasteten Güterkomplexes in Frage kommt.

Der zu beachtende Vorgang ist ganz der nämliche wie nach Art. 832 und 834 Z. G. B.; Art. 833 III Z. G. B. ist im Wortlaut von Art. 832 nicht wesentlich verschieden. Nur im Hinblick auf Art. 833 II Z. G. B. ist der Schuldübernahme bei der Zerstückelung eine Erklärung hinzuzufügen, die wir Leemann[1]) entnehmen.

„Bei der Annahme einer Schuldübernahme nach Art. 833 II Z. G. B. wird vorausgesetzt, daß der Gläubiger die Pfandverteilung annimmt, denn wenn er dies nicht will, so muß er die Abzahlung der Forderung verlangen, womit das Wahlrecht hinsichtlich der Schuldübernahme außer Betracht fällt, d. h. der Gläubiger kann sich nur an den alten Schuldner halten, und zwar ohne daß er diesem noch besonders erklären muß, ihn beibehalten zu wollen.

Der Gläubiger kann somit nicht die Pfandverteilung verwerfen, und die Erwerber als Schuldner der auf ihren Grundstücken lastenden

[1]) Leemann, a. a. O., S. 888 Note 26.

Pfandforderungen annehmen. Dies würde zu dem vom Gesetz verpönten Zustand führen, daß jedes Grundstück für die ganze Pfandsumme haftete, während die Eigentümer nur Teilschuldner, nicht Solidarschuldner wären."

Für die Gült bedarf es in bezug auf den Schuldübergang bei Zerstückelung keiner besondern Vorschrift, da eine gesetzliche privative Schuldübernahme stattfindet.

§ 15. Die Zwangsliquidation.

Das Nebeneinanderstellen der Vorschriften der Art. 832 Z. G. B. und 135 B. u. K. bietet für die endgültige Beantwortung der Frage der Schuldübernahme im Zivilgesetzbuch einen interessanten Vergleich.

Art. 135,1 B. u. K. lautet: „Die Steigerungsbedingungen bestimmen, daß die Grundstücke mit allen darauf haftenden Belastungen (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandverschreibungen, Schuldbriefen und Gülten) versteigert werden, unter Überbindung der damit verbundenen Schuldpflicht auf den Erwerber. Der frühere Schuldner einer überbundenen Schuld aus Schuldbrief oder aus Grundpfandverschreibung wird aber erst frei, wenn ihm der Gläubiger nicht binnen Jahresfrist, vom Zuschlag an gerechnet, erklärt, ihn beibehalten zu wollen. (Es folgt eine ausdrückliche Verweisung auf Art. 832 Z. G. B.) Fällige grundversicherte Forderungen werden nicht überbunden, sondern vorweg aus dem Erlös bezahlt."

Das Betreibungsgesetz steht auf einem radikaleren Standpunkt als das Z. G. B.; es muß aber sogleich hinzugefügt werden, daß das B. u. K. durch das Z. G. B. auf diesen Standpunkt gestellt worden ist. Der Wortlaut des Art. 135 B. u. K. lautete vor Einführung des Z. G. B. dahin, daß es den Kantonen freigestellt war, ob sie die Lasten, die im Pfandverwertungsverfahren auf den Grundstücken hafteten, dem Ersteigerer überbinden wollten oder nicht. Durch den Art. 60 Z. G. B. B. aber ist den Kantonen dieses Wahlrecht genommen worden, und es findet ein obligatorischer Überbund der Lasten statt.

Dadurch wird die Lage der Schuldner eine im Vergleich zu Art. 832 II Z. G. B. wesentlich ungünstigere. Art. 832 stellt wohl auch dem Gläubiger zwei Schuldner zur Verfügung, bestimmt aber zugleich, daß er nur den einen als seinen persönlichen Schuldner haben könne. Diese Regelung ist den Umständen auch vollständig angepaßt, wenn man bedenkt, daß sich der Gläubiger durch die Realsicherheit des Grundstückes plus einen persönlichen Schuldner sichern kann. Anders der Art. 135 B. u. K. Durch den ersten Satz des Artikels wird der Ersteigerer neben seiner dinglichen Haftung auch schon persönlich verhaftet; dann wird aber noch weiter bestimmt, daß auch der frühere Schuldner noch weiter haften müsse, wenn ihm der Gläubiger innerhalb eines Jahres erkläre, er wolle ihn als Schuldner beibehalten. Was soll aber dann hier die Verweisung auf Art. 832 Z. G. B.? Sie soll doch wohl angeben, daß für das Verwertungsverfahren im Betreibungsgesetz dieselbe Bestimmung gelten soll, wie im Veräußerungsverfahren des Z. G. B. Der Tatbestand des Art. 135,1

B. u. K. ist genau der gleiche wie derjenige des Art. 832,2 Z. G. B. Sowohl der Ersteigerer als auch der Übernehmer haben die persönliche Schuldpflicht übernommen. Allerdings stand es dem Übernehmer frei, auch die persönliche Schuldpflicht zu übernehmen, während der Ersteigerer für die nicht fälligen Forderungen dazu gezwungen wurde; an der Tatsache der Schuldübernahme selbst ändert dieser Umstand gar nichts. Will nun der Art. 135 B. u. K. dem Gläubiger zwei kumulativ haftende persönliche Schuldner geben, will wirklich das Gesetz die beiden Schuldner zugunsten des Gläubigers schlechter stellen, nur weil es sich um ein Pfandverwertungsverfahren handelt? Der rechtfertigende Grund ist nicht zu finden. Im Gegenteil muß festgestellt werden, daß z. B. im Konkursverfahren der Gläubiger nicht zwei kumulativ haftende Schuldner bekommt, sondern allein auf den Ersteigerer angewiesen wird,[1]) in diesem Fall also eine notwendige privative Schuldübernahme eintritt wie bei der Gült. Warum also soll dann bei Schuldbrief und Grundpfandverschreibung im Pfandverwertungsverfahren (handle es sich um Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung) eine kumulative persönliche Haftung von Schuldner und Ersteigerer angenommen werden, wo doch die Voraussetzungen für eine privative Schuldübernahme in genau gleichem Maß gegeben sind, wie bei einer gewöhnlichen Veräußerung?

Unseres Erachtens müßten Art. 135 B. u. K. und 832 Z. G. B. auf die nämliche Art interpretiert werden, d. h. es muß gesagt werden, daß der Überbund im Verwertungsverfahren dem Gläubiger zwei Schuldner zur Verfügung stellt, daß er aber nur die Wahl hat, entweder den einen oder den andern als persönlichen beizubehalten. Daß es keine Annahme des Ersteigerers als einzigen Schuldner durch konkludente Handlung geben kann, haben wir schon oben gesagt. Die Jahresfrist ist dem Gläubiger hier wie bei der gewöhnlichen Veräußerung zur Orientierung über die Verhältnisse des Ersteigerers eingeräumt worden. Es hätte gar keinen vernünftigen Sinn, wenn man neben einem solventen Ersteigerer den Schuldner in aeternum noch persönlich haften lassen könnte durch die einfache Mitteilung innerhalb eines Jahres, daß man ihn als Schuldner nicht entlasse. Eine derartige Besserstellung des Gläubigers ist durch nichts gerechtfertigt, am wenigsten durch den Grundsatz, daß die ökonomisch Schwachen eines besondern gesetzlichen Schutzes teilhaftig werden sollen.

Erklärt deshalb der Gläubiger innerhalb eines Jahres dem Schuldner (hier ist Schriftlichkeit nicht verlangt), daß er ihn beibehalte, so haftet nur der Schuldner persönlich. Umgekehrt aber wird der Schuldner frei, wenn ihm erstens der Gläubiger innerhalb eines Jahres nichts erklärt und zweitens, wenn der Gläubiger dem Ersteigerer ausdrücklich erklärt, ihn von nun an als einzigen persönlichen Schuldner zu behalten; diese Annahme kann auch darin liegen, daß der Gläubiger gegen den Ersteigerer eine persönliche Klage anstrengt.

[1]) Leemann a. a. O., S. 882.

Literatur.

Bähr, Über die s. g. Verträge zugunsten Dritter. J. f. D., Bd. 6, 1863.
— Über die Verträge zugunsten Dritter und über die Schuldübernahme. A. f. z. P., Bd. 67, S. 157 ff., 1884.
— Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. K. V. J. S., Bd. 30, S. 364 ff, 1888.
Bekker, Obligationsrecht, Bd. VI in Gmürs Kommentar zum Z. G. B., 1913.
Birkenbihl, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform? Recht, Jahrgang 7. 1903.
Blume, W. v., Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895.
— Zur Lehre von der Schuldübernahme. J. f. D., Bd. 39, 1898.
— Zur Schuldübernahme, J. f. D., Bd. 40, 1898.
Blumenstein, Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes, Bern. 1909.
Danz, Die delegatio nominis und delegatio debiti, eine Forderungs- und Schuldüberweisung. J. f. D., Bd. 19, 1881.
Davidson, Schuldübernahme als Zahlung. Diss. Breslau, 1897.
Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden, 1853.
Dernburg, Pandekten. Bd. 2, S. 149 ff., 5. Aufl., 1897.
— Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2, 2. Abt.. 3. Aufl., 1905.
Ehrenzweig, Die sogenannten zweigliedrigen Verträge. 1895.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd 1, 7. Aufl., 1900.
Fluhme, Die Theorien der Passiven-Sukzession. Diss. Erlangen, 1896.
Gampert, Du gage immobilier, titre XXII de l'avant-projet du C. C. S., 1902.
Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter. 1873.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 3, 1917, in Bindings Handbuch.
Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Z. G. B. Bern. 1908.
Gömöry, Der Vertrag zugunsten Dritter. Zürich 1890.
Guhl, 1. Über das System der festen Pfandstellen: Vortrag gehalten an der Jahres-Versammlung der Vereinigung schweizer. Notare in Bern, am 5. Juli 1914. S. J. Z., Jahrgang 33 ff.
— 2. Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im Schweiz. Z. G. B. in der Festgabe für Eugen Huber. Bern 1919.
Gürgens, Die Singularsukzession in die Schuld. J. f. D., Bd. 8, S. 221, 1866.
Hafner, Kommentar zum Schweizerischen Obligationsrecht. 2. Aufl., 1905.
Hasler, Die Schuldübernahme in der Theorie und im Schweiz. Recht. Zürich 1911.
Heil, Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Sukzessionsbegriffes. Diss. Rostock 1903.
Hellbach, Die sogenannte kumulative Schuldübernahme. Recht, Jahrgang 7, S. 335, 1903.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899.
— Heusler Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 2, 1. Aufl., 1885.
Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts. Bd. 2, 3 und 4, 1889.
— Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweiz. Grundpfandrechtes. Basel 1898.
Jäger, Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich 1911.
Kipp, Zur Lehre von der Schuldübernahme. J. f. D., Bd. 36, S. 336 ff., 1896.

Kuentze, Die Obligation und die Singularsukzession des römischen und heutigen Rechts. 1856.
Leemann, Sachenrecht. Bd. 9, 2. Abt., Lieferung 1—6 in Gmürs Kommentar.
Menzel, Zur Lehre von der Schuldübernahme, Bd. 11, S. 581ff. in Grünhuts Zeitschrift 1884.
Münster, Über die Singularsukzession in Schulden. Diss. Göttingen 1893.
Oser, Das Obligationenrecht. Bd. 5, in Kommentar Egger.
Regelsberger, Handbuch des deutschen Handelsrechts von Endemann. Bd. 2, S. 533ff. 1882.
— Über die Verträge zugunsten Dritter und über die Schuldübernahme. A. f. z. P., Bd. 67, 1884.
— Die Schuldübernahme und die Paragraphen 414—416 des B. G. B. J. f. D., Bd. 39, S. 463ff., 1898.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches. Bd. 19, 1909.
v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. 1864.
Schurter, Die Theorie der Schuldübernahme. Z. f. sch. R., Bd. 20, S. 303, 1901.
Schneider, Fick von, Morlot, Obligationenrecht, Zürich 1915.
von Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.
von Segesser, Die Rechte des Grundpfandgläubigers bei Gefährdung seiner Pfandsicherheit nach dem Schweiz. Z. G. B. Diss. Bern 1921.
Stobber, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3, 2. Aufl., 1885.
Strohal, Schuldübernahme. Recht, Jahrgang 13, 1909
Trümpy, Der Gläubigerwechsel bei Grundpfandtiteln. Diss. Bern 1915.
Unger, Die Verträge zugunsten Dritter. J. f. D., Bd. 10, 1871.
— Neues Werk Schuldübernahme, 1889.
Vieli, Das Rechtsverhältnis bei der Grundpfandverschreibung im schweiz. Zivilgesetzbuch. Diss. Bern 1916.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Marburg 1907.
Wieland, Kommentar zum Z. B. G. Sachenrecht, S. 353ff., 1909.

Abkürzungen.

A. f. b. R.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
A. f. z. P.	=	Archiv für zivilistische Praxis.
J. f. D.	=	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
K. V. J. S.	=	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Recht	=	Das Recht, Zeitschrift für den deutschen Juristenstand.
O. R.	=	Schweizerisches Obligationenrecht.
Z. G. B.	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
Bl.	=	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
sten. Bull.	=	Amtliches stenographisches Bulletin der Schweiz. Bundesversammlung.
Z. b. J.	=	Zeitschrift des bern. Juristenvereins.
S. J. Z.	=	Schweiz. Juristenzeitung.
B. G.	=	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes.
Z. f. sch. R.	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.